

THÈSES

présentées à la

**FACULTE DE PHARMACIE
DE L'UNIVERSITE DE PARIS**

pour obtenir

le grade de Docteur en Pharmacie

(Diplôme d'Etat)

par

Monique PLAT née BERRY

1^{re} thèse : « Le régime matrimonial du pharmacien d'officine »

2^e thèse : Propositions données par la Faculté

Soutenues le 23 juin 1964 devant la Commission d'Examen.

MM. G. DILLEMANN **Président**

G. LE BRAS	}	Examineurs
M-M. JANOT		
A. MORETTE		

LE RÉGIME MATRIMONIAL* DU PHARMACIEN D'OFFICINE

par Monique PLAT

* (Thèse présentée et soutenue devant la Faculté de pharmacie de Paris, le 23 juin 1964 en vue de l'obtention du doctorat d'Etat en pharmacie).



La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PERSONNEL

DE LA FACULTE DE PHARMACIE DE PARIS

ADMINISTRATION

M. G. VALETTE	<i>Doyen,</i>	O. ✱ C. 🌿
M. M.M. JANOT	<i>Assesseur,</i>	O. ✱ C. 🌿
M. P. MALANGEAU	<i>Assesseur,</i>	O. 🌿
M. L. RODINEAU	<i>Secrétaire Général,</i>	✱ O. 🌿
MME S. FERRARI	<i>Attachée Principale,</i>	🌿
M. L. JEANDEL	<i>Attaché,</i>	O. 🌿
MME C. PEILLON	<i>Attachée.</i>	
MLLE G. BIDEAU	<i>Secrétaire.</i>	
MME S. CERTAIN	<i>Secrétaire,</i>	O. 🌿
MME M. COUSIN	<i>Secrétaire.</i>	
M. A. DROUILLY	<i>Secrétaire,</i>	O. 🌿
MME M.L. ESPINASSE	<i>Secrétaire,</i>	O. 🌿
MLLE A.M. FAVERJON	<i>Secrétaire.</i>	
M. G. FROISSART	<i>Secrétaire,</i>	O. 🌿
MME L. WARNESSON	<i>Secrétaire.</i>	🌿

DOYEN HONORAIRE

M. R. FABRE	<i>Membre de l'Institut,</i>	C. ✱ C. 🌿
-----------------------	------------------------------	-----------

PROFESSEURS HONORAIRES

M. M. DELEPINE	<i>Membre de l'Institut,</i>	C. ✱ C. 🌿
M. L. LAUNOY	O. ✱ O. 🌿	
M. P. FLEURY	O. ✱ C. 🌿	
M. M. MASCRE	O. ✱ C. 🌿	
M. M. PICON	O. ✱ O. 🌿	
M. C. BEDEL	✱ O. 🌿	
M. R. FABRE	<i>Membre de l'Institut,</i>	C. ✱ C. 🌿

PROFESSEURS

M. M-M. JANOT, O.	✱ C. 		<i>Pharmacie galénique (T).</i>
M. G. VALETTE, O.	✱ C. 		<i>Pharmacodynamie (T).</i>
M. R. PARIS,	✱ C. 		<i>Histoire naturelle des médicaments simples d'origine végétale (T).</i>
M. M. GUILLOT,	✱ O. 		<i>Physique (T).</i>
M. J.A. GAUTIER,	✱ O. 		<i>Chimie organique (T).</i>
MLLE S. LAMBIN,	✱ O. 		<i>Microbiologie (T).</i>
M. Y. RAOUL,	✱ O. 		<i>Physiologie (T)</i>
M. J. COURTOIS,	✱ O. 		<i>Chimie biologique (T).</i>
M. L. DOMANGE,	✱ O. 		<i>Chimie minérale (T).</i>
M. P. CRETE,	✱ O. 		<i>Botanique (T).</i>
M. R. TRUHAUT, O.	✱ O. 		<i>Toxicologie et hygiène industrielle (T).</i>
M. A. MORETTE,	✱ O. 		<i>Hydrologie (T).</i>
M. R. CAVIER, O.			<i>Parasitologie (T).</i>
M. A. QUEVAUVILLER,	✱ O. 		<i>Hygiène et Education sanitaire (T).</i>
M. R. MOREAU,	✱ O. 		<i>Pharmacie chimique (T).</i>
M. J. GUY, O.			<i>Mathématiques appliquées aux sciences physiques et biologiques (T).</i>
M. A. GERMAN, O.			<i>Virologie et Sérologie (T).</i>
M. M. PIETTE, ✱ O.			<i>Biologie sanguine (T).</i>
M. P. MALANGEAU, O.			<i>Chimie analytique (T).</i>
M. M. GIRARD, O.			<i>Chimie appliquée à l'expertise (T).</i>
M. G. DILLEMANN			<i>Législation, Déontologie et Histoire de la Pharmacie (T).</i>
M. G. DEYSSON, O.			<i>Cytologie végétale (T).</i>
M. J. FLAHAUT,			<i>Minéralogie (T).</i>
M. A. LE HIR			<i>Pharmacie galénique.</i>
M. J. RENAULT,			<i>Chimie organique (T).</i>
M. C. BOUDENE			<i>Toxicologie et Hygiène industrielle (T).</i>
M. P. LARUELLE			<i>Physique.</i>
M. P. ROSSIGNOL			<i>Pharmacodynamie.</i>
M. A. MANGEOT, O.			<i>Pharmacie galénique industrielle.</i>
M. P. DELAVEAU			<i>Matière médicale.</i>
M. Y. COHEN			<i>Sciences naturelles.</i>
M. H. RENAULT, O.			<i>Pharmacie chimique.</i>

MAITRES DE CONFÉRENCES

M. R. BOURDON	<i>Chimie analytique.</i>
M. G. LE MOAN	<i>Sciences appliquées</i>
M. C. PAOLETTI	<i>Sciences appliquées.</i>
M. P. REYNAUD	<i>Sciences physico-chimiques.</i>
M. J. POISSON	<i>Sciences naturelles.</i>
M. A. DESVIGNES, 	<i>Cryptogamie et technique bactériologique.</i>
M. F. PERCHERON	<i>Sciences appliquées.</i>
M. J. SAVEL	<i>Biologie animale.</i>
M. J. BORY	<i>Sciences naturelles.</i>

CHEFS DE TRAVAUX PRATIQUES

M. P. BINET	<i>Parasitologie.</i>
M. A. CARLIER (FF)	<i>Pharmacie galénique industrielle.</i>
M. A. CAVE	<i>Pharmacotechnie.</i>
M. C. DREUX (FF)	<i>Electrochimie appliquée à l'analyse.</i>
M. P. GESTEAU,  O 	<i>Physique biologique.</i>
M. J.C. GOUNELLE	<i>Analyse appliquée au contrôle des médicaments (section biologique).</i>
M. H. GUERIN,  O. 	<i>Micrographie (3^e année), Essais des drogues végétales.</i>
M. J. HARISPE, O. 	<i>Chimie générale et pharmaceutique.</i>
M. J. HENRY	<i>Chimie (4^e année).</i>
MME J. HUBERT	<i>Microbiologie.</i>
MLLE Y. JUND (FF)	<i>Microbiologie.</i>
MME N. LEGER (FF)	<i>Parasitologie.</i>
M. R. LELUC	<i>Microbiologie.</i>
M. A. LEMONNIER	<i>Chimie analytique (2^e et 3^e années).</i>
MLLE M. LOISEAU (FF)	<i>Chimie (4^e année).</i>
MLLE S. LONGUEVALLE, O. 	<i>Service des examens de chimie.</i>
M. J. MANDEREAU (FF)	<i>Pharmacotechnie.</i>
MLLE H. MORIN, O. 	<i>Pharmacodynamie.</i>
M. NGUYEN PHU LICH (FF)	<i>Toxicologie.</i>
M. F. PELLERIN	<i>Chimie analytique (2^e et 3^e années).</i>

M. R. PERLES	<i>Chimie biologique.</i>
M. P. POULLAIN	<i>Hématologie.</i>
MME M. ROBERT	<i>Sérologie.</i>
MLLE A. ROLLEN, ✱ O. 	<i>Biologie végétale.</i>
MME N. SALES (FF)	<i>Biologie animale.</i>
MLLE L. SEGUIN (FF), O. 	<i>Analyse appliquée au contrôle des médicaments (section physico-chimie).</i>
MME M. SEILLER (FF)	<i>Pharmacie galénique industrielle.</i>
M. J. YONGER (FF)	<i>Chimie analytique (1^{re} année).</i>

BIBLIOTHÈQUE

MLLE Y. RUYSEN, ✱ O. 	<i>Conservateur, chargée de la Direction.</i>
MLLE S. LAVAUD, ✱ O. 	<i>Conservateur.</i>
MME G. KREHMER, O. 	<i>Conservateur.</i>
MME A. DESGRIPPES, O. 	<i>Bibliothécaire.</i>

A Monsieur Georges DILLEMANN,

PROFESSEUR DE LÉGISLATION, DÉONTOLOGIE

ET HISTOIRE DE LA PHARMACIE

A LA FACULTÉ DE PHARMACIE DE PARIS

*qui me fit le grand honneur de
m'accepter pour disciple, de me confier
ce travail, de me guider sans cesse par
ses conseils,*

*et qui a bien voulu présider le
jury de cette thèse.*

*En témoignage de ma très vive
reconnaissance et de ma respectueuse
affection.*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A Monsieur le Doyen Gabriel LE BRAS,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES DE PARIS,
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR
MEMBRE DE L'INSTITUT,

*qui m'a initiée à la Recherche
historique et juridique, en me faisant
bénéficier de sa grande expérience,
et me fait l'honneur de sa
présence en acceptant de faire partie
du jury de cette thèse.*

*En modeste témoignage de ma
gratitude et de mon respectueux
attachement.*

A Monsieur Maurice-Marie JANOT,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE PHARMACIE DE PARIS,

OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR,

MEMBRE DE L'ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE,

*qui m'a toujours prodigué ses
encouragements et ses conseils
et a accepté de juger ce travail.*

*En témoignage de mon
respectueux dévouement et de mon
profond attachement.*

A Monsieur André MORETTE,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE PHARMACIE DE PARIS

CHEVALIER DE LA LÉGION D'HONNEUR,

*qui m'a toujours montré des
marques d'intérêt
et a accepté de juger ce travail.*

*En témoignage de ma vive
gratitude.*

A Monsieur Jean LE MEN,

PROFESSEUR A L'ÉCOLE NATIONALE DE MÉDECINE
ET DE PHARMACIE DE REIMS,

*pour tout ce dont je vous suis
redevable.*

*En témoignage de ma profonde
reconnaissance.*

A mon époux,

En témoignage de mon affection.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

al.	<i>Alinéa</i>
Art.	<i>Article</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation</i>
C. civ.	<i>Code civil</i>
C. E.	<i>Arrêt du Conseil d'Etat</i>
Civ.	<i>Arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation</i>
Civ. com.	<i>Arrêt de la Chambre civile, section commerciale, de la Cour de Cassation</i>
Crim.	<i>Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation</i>
C. S. P.	<i>Code de la Santé publique</i>
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
D. H.	<i>Recueil Dalloz hebdomadaire</i>
D. P.	<i>Recueil Dalloz périodique</i>
Doc. pharm. jur.	<i>Fiches de documentation pharmaceutique (partie jurisprudence) publiées par le Conseil Central des Pharmaciens d'Officine</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
J. C. Doct.	<i>Juris-Classeur Doctrinal</i>
J. Cl. Not.	<i>Juris-Classeur Notarial</i>
J. C. P.	<i>Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique)</i>
J. O.	<i>Journal Officiel</i>
J. O. Déb. Ass. Nat.	<i>Journal Officiel des Débats de l'Assemblée Nationale</i>
J. soc.	<i>Journal des sociétés</i>

Op. cit.	<i>Ouvrage déjà cité</i>
Ord.	<i>Ordonnance</i>
Rép. gén. Not.	<i>Répertoire général du Notariat</i>
Rép. droit civ.	<i>Répertoire de droit civil</i>
Rép. minist.	<i>Réponse ministérielle</i>
Req.	<i>Arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation</i>
Rev. soc.	<i>Revue des sociétés</i>
Rev. trim. dr. civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
Rev. trim. dr. com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
Trib. adm.	<i>Tribunal administratif</i>
Trib. civ.	<i>Tribunal civil</i>
Trib. com.	<i>Tribunal de commerce</i>

NOTA : L'arrêt rendu par une Cour d'appel est désigné par le nom du lieu où elle siège.

Présenter le fruit de quelques observations recueillies auprès de ménages de confrères pharmaciens et souligner quelles sont leurs difficultés, quelles ont pu être leurs réussites ou leurs échecs, clarifier et approfondir certains problèmes de la pratique, tel est le but de cette étude dont nous ne saurions cacher le plaisir avec lequel elle fut réalisée, sous la haute conduite de Monsieur le Professeur DILLEMANN; nous nous sommes efforcée de faire œuvre constructive et de trouver une issue aux problèmes à la recherche d'une solution, que nous offrons à l'attention des juristes amis dont nous recueillerons avec intérêt les suggestions et les témoignages.

Nos techniques d'information sont diverses :

- *cas concrets dont nous avons pu avoir connaissance et qui concernent tant les futurs jeunes ménages conscients de la nécessité d'établir un contrat de mariage, que des pharmaciens installés désireux d'adapter telle situation aux règles souvent impératives du droit professionnel;*

- *littérature classique du droit pharmaceutique, mais surtout littérature des revues professionnelles et des précieuses fiches de documentation de l'Ordre, parce qu'elles touchent de plus près aux préoccupations de nos confrères;*

- *enseignements du Notariat, dont les travaux des Congrès sont une source exceptionnelle d'informations;*

- *enfin sources classiques du Droit :*

la Jurisprudence, souvent constructive en ce domaine qui est celui d'un droit d'exception, et dont l'étude se révèle toujours enrichissante, bien qu'elle n'exprime que la pathologie, l'accident, et ne connaisse qu'un instantané de la vie, qui se fige afin de se faire juger;

la Doctrine, enfin, soucieuse des cas vivants et bien portants, tournée vers l'avenir et s'interrogeant pour l'éclairer.

L'importance, tant juridique, économique, que sociale et morale du régime matrimonial du pharmacien d'officine s'est trouvée récemment accrue par le dépôt de la proposition de loi MARCILHACY dont nous montrerons l'intérêt pour les ménages de pharmaciens. Ceux-ci doivent avoir une notion des difficultés qui peuvent s'élever par la conciliation des

principes du droit familial et des règles exorbitantes du droit commun que sont celles de la législation pharmaceutique, afin de s'efforcer, au moment de leur union et au cours de celle-ci, de prendre toutes les précautions leur permettant de faire prévaloir leur volonté et d'éviter, dans toute la mesure où cela est possible, les situations quelquefois désastreuses dans lesquelles ils peuvent s'être placés par leur négligence et les incidents pécuniaires pénibles qui marquent trop souvent la dissolution d'un régime matrimonial.

Deux jeunes diplômés se marient-ils? Le plus souvent, ils réuniront les économies réalisées sur le produit de leur travail aux quelques sommes remises par leurs familles et, au bout de quelque temps, réaliseront la création ou l'acquisition d'une officine, qui sera généralement « mise au nom du mari ». Plusieurs années plus tard, celui-ci désire-t-il faire exploiter le fonds par son épouse et consacrer son activité soit à la création d'une seconde officine soit à un emploi dans l'industrie, cela ne sera possible que si les époux avaient adopté un régime de communauté. Une seconde pharmacie est-elle créée alors par la femme et vient-elle à prendre une extension considérable, ou à se trouver assez éloignée d'un nouveau domicile conjugal, les époux ne pourront échanger l'administration de leurs officines que s'ils sont communs en biens. Un régime de communauté sera également plus équitable lorsque l'une des deux pharmacies exige des investissements de fonds plus importants ou si un décès survient au cours d'une opération financière.

Un pharmacien vient-il à épouser une femme non diplômée qui reçoit une officine en dot, pense hériter d'une officine ou bien possède un capital qui contribuera dans une proportion importante à l'acquisition d'une pharmacie, il conviendra encore de prévoir que l'officine sera commune.

Nous avons limité à dessein ces brefs exemples à quelques avantages offerts par les régimes communautaires parce qu'il existe tout un courant d'opinion en faveur des régimes séparatistes parmi les praticiens du droit pharmaceutique. Le choix d'un régime matrimonial équitable est, en fait, un problème rendu fort complexe par l'obligation où l'on se trouve d'envisager toutes les données à la fois, devant un avenir imprévisible; ce choix dépendra de la situation sociale, professionnelle et familiale des époux, mais aussi de leur caractère, de leurs défauts notamment, et de leurs qualités morales et intellectuelles. Le contrat de mariage est un « acte à faire sur mesures ».

INTRODUCTION

a) LE CONTRAT DE MARIAGE ET SON INTERET

« La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos... », ainsi s'exprime le Code civil (1) qui prévoit à la fois un régime matrimonial de droit commun pour les époux qui n'ont pas fait établir de contrat de mariage préalablement à leur union et, dans le cas contraire, une liberté à peu près complète dans l'établissement de ce contrat, le législateur ayant limité son rôle à celui de décrire de façon précise et complète un certain nombre de modèles issus de notre Ancien Droit.

Il semble qu'une tendance générale se manifeste actuellement dans le sens de la rédaction d'un nombre de plus en plus faible de contrats de mariage. Un certain nombre de raisons peuvent être invoquées pour l'expliquer (2).

La principale, à notre avis, est l'ignorance de ce qu'est un contrat de mariage : à une époque où les fortunes se sont effritées et où le montant des dots n'a pas suivi une progression proportionnelle au coût de la vie, les sommes remises aux jeunes époux ne sont plus considérées comme un capital, mais comme devant être dépensées en achats divers. Beaucoup de parents meublent leur fille, font faire un « reçu à son nom » et se trouvent très étonnés, en cas de divorce, si celle-ci ne peut récupérer la propriété de ces objets mobiliers. Pourquoi faire un contrat de mariage pour protéger des patrimoines inexistants, surtout si les parents des époux n'ont eux-mêmes aucune fortune personnelle? On ne sait pas quelquefois que le contrat doit régler également le sort des biens à venir, ou l'on pense que, les économies se faisant de plus en plus rares à cause de l'augmentation du niveau de vie, celles-ci n'offrent plus un intérêt suffisant pour que l'on prenne soin de décider de leur sort à l'avance.

(1) Art. 1387.

(2) Enquête effectuée en 1953 au 52^e Congrès des Notaires de France à Biarritz.

Il faut invoquer également la méconnaissance de ce qu'est le régime légal de communauté, et surtout la méconnaissance des clauses avantageant l'époux survivant : clauses lui permettant de conserver le mobilier ou le fonds de commerce, d'artisanat ou d'industrie, clauses de partage inégal de la communauté, etc..

Toutes ces raisons expliquent fort bien pourquoi les époux qui se remarient font établir un contrat dans une proportion infiniment plus grande que ceux qui convolent pour la première fois.

D'autres motifs interviennent aussi : une fausse modestie, la signature d'un contrat de mariage étant quelquefois considérée comme un indice extérieur de fortune, ou la crainte que la demande faite par l'une des familles de passer un contrat ne soit considérée par l'autre famille comme un acte de méfiance.

Enfin, d'aucuns invoquent les frais qu'occasionne la rédaction d'un contrat, frais que l'on s'imagine volontiers beaucoup plus élevés qu'ils ne le sont réellement.

Tout ceci contribue à une désaffection pour le contrat de mariage. En France, 80 % des époux (1) ne prennent pas, par ignorance, négligence ou volontairement, la décision de rédiger un contrat et se trouvent ainsi automatiquement mariés sous le régime dit légal de communauté de meubles et acquêts, qui tourne souvent à la catastrophe.

En effet, sous l'empire de ce régime, survivance de la Coutume de Paris, seuls sont demeurés propres aux époux les immeubles qu'ils possédaient au jour du mariage ou acquis postérieurement par eux à titre gratuit, l'union de tous leurs biens mobiliers ainsi que des acquêts meubles et immeubles matérialisant l'union de l'homme et de la femme en vue de l'entretien et de l'éducation des enfants, cependant que la très large concentration des pouvoirs entre les mains du mari correspondait parfaitement à la situation sociale faite à la femme en 1804. Il est inexact de dire que les auteurs du Code civil ne comprirent pas l'importance que pouvait prendre le patrimoine mobilier ; TREILHARD (2) puis MALLEVILLE (3) ne manquèrent pas de faire remarquer l'accroissement considérable qu'avait prise la fortune mobilière et s'élevèrent contre les conséquences déplorables du régime légal qui attribuait par le fait du mariage la moitié des biens mobiliers d'un commerçant à son conjoint. Peut-être les rédacteurs du Code eurent-ils peur des difficultés de preuve que pouvait entraîner l'exclusion des meubles

(1) SEBAG : La méthode quantitative en droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux, D. 1963, chr. p. 216.

(2) LOCRE, t. VIII, p. 52.

(3) Ccnseil d'Etat, séance du 13 vendémiaire an XII.

de la communauté et sans doute définissaient-ils encore difficilement ces droits incorporels qu'étaient les « fonds de boutiques » dans lesquels POTHIER n'avait vu « qu'une espèce de biens d'une nature très singulière et très extraordinaire » (1).

Les principales critiques que l'on fait actuellement au régime légal visent son inadaptation non seulement à l'état social actuel, à l'époque de l'émancipation féminine, mais surtout à l'état économique moderne. Un seul exemple suffira à nous fournir la parfaite démonstration de l'injustice flagrante à laquelle peut parvenir l'application du régime légal. Prenons le cas d'un pharmacien qui possède une officine et supposons que la femme qu'il épouse sans contrat soit propriétaire d'un immeuble. Cet immeuble lui restera propre cependant qu'en vertu des règles du régime légal, l'officine tombe dans la communauté. Supposons maintenant que, l'année suivante, un divorce vienne mettre fin à l'union conjugale : non seulement la femme se verra reconnaître la propriété de son immeuble et de la moitié de l'officine, mais elle pourra encore prétendre à la mise aux enchères publiques de cette dernière, dépossédant ainsi son époux de son instrument de travail.

Ceci suffit à justifier la nécessité dans laquelle se trouvent les futurs époux de prévoir avant leur union la signature d'un contrat de mariage qui sera la charte du régime de leurs biens ; cette charte sera en principe valable pendant toute la durée de leur union, en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales dont il serait trop long de retracer l'histoire et le fondement actuel, mais dont il suffit de savoir qu'il a pour objet de garantir à la fois le respect des volontés telles qu'elles se sont manifestées au moment de la conclusion du contrat et celui de l'intérêt des tiers qui risqueraient d'être trompés par une modification ultérieure (2).

b) LES PRINCIPALES SOLUTIONS OFFERTES AU CHOIX DES EPOUX

Le choix des époux peut s'exercer essentiellement entre deux types de solutions, à savoir d'une part une séparation de leurs biens et d'autre part l'adoption d'un régime de communauté « aménagé ».

(1) POTHIER, Coutume d'Orléans. tit. xvii, n° 131 ; Traité de la Communauté, n° 91.

(2) La plupart des législations modernes ont cependant abandonné ce principe, en raison de l'entrave qu'il apporte en une période d'instabilité sociale et économique. La proposition de loi MARCILHACY (Sénat n° 142), dans son article 1397, prévoit la possibilité d'une modification apportée au régime matrimonial lorsque son application se révèle contraire à l'intérêt de la famille, par un acte passé devant notaire, toutes les personnes encore vivantes qui ont été parties au contrat étant dûment appelées, acte qui doit être ensuite soumis à l'homologation du tribunal de grande instance du domicile des époux. Mention du jugement ou de l'arrêt d'homologation doit être faite en marge de l'acte de mariage, qui fait courir un délai de trois mois avant que puisse être invoquée l'opposabilité aux tiers.

Le premier type de solutions consiste à maintenir séparés les patrimoines des deux époux (1). A cet effet, le Code civil propose trois types de contrats conventionnels : la séparation de biens, le régime dotal et le régime sans communauté.

La séparation de biens est le plus simple de tous les régimes puisque la femme y conserve à la fois la propriété, l'administration et la jouissance de tous ses biens.

Le régime dotal, maintenu par la force de la tradition, particulièrement dans le Midi et en Normandie, est un régime de séparation de biens dans lequel les biens de la femme sont répartis en deux catégories : les biens paraphernaux sur lesquels elle a tous pouvoirs de disposition et d'administration, et les biens dotaux. Ces derniers sont laissés à l'administration du mari mais les immeubles sont inaliénables imprescriptibles et insaisissables. Il présente l'avantage certain pour de grosses fortunes d'immobiliser une partie du capital dans l'intérêt de la famille qui se crée, un moyen d'assurer à la femme la sauvegarde d'un bien de famille malgré les spéculations hasardeuses ou les dépenses excessives des deux époux. Tel qu'il se trouve organisé par le Code civil, il présente deux graves inconvénients : l'inaliénabilité des immeubles dotaux, difficilement concevable dans une époque d'évolution économique en cas de changement de résidence des époux, et la trop faible protection de la dot mobilière que le mari peut encore gaspiller à son gré. La pratique notariale y a remédié partiellement en stipulant dans le contrat que la dot mobilière et immobilière serait aliénable sous condition de emploi. Enfin, depuis la loi du 22 septembre 1942, le juge peut, dans le silence du contrat, autoriser l'aliénation sous condition de emploi. Mais alors, la protection de la femme n'est plus parfaite, les époux dépensiers ayant toujours la possibilité d'acheter en emploi un bien de valeur moindre, en déclarant dans l'acte un prix plus élevé que le prix véritable. Surtout, la dotalité suscite la méfiance des tiers qui entreront en rapports avec les époux : tous devront s'assurer qu'à travers les modifications qu'elle subit, la dot est maintenue, et le crédit des époux mariés sous ce régime s'en trouvera fortement diminué. C'est ainsi que les détracteurs du régime dotal ont obtenu sa suppression dans le projet de réforme du Code civil, avec l'interdiction faite aux futurs époux de déclarer leurs biens inaliénables. Cette suppression est reprise dans la proposition de la loi du sénateur MARCILHACY (2) dont l'article 1500 édicte que « sont nulles », quel que soit le régime adopté, toutes clauses par lesquelles les futurs époux déclareraient leurs biens inaliénables ou aliénables seulement à charge de emploi ».

(1) Il est traditionnel d'étudier en premier lieu les régimes communautaires et en second lieu les régimes séparatistes, mais, comme M. RIOU (« Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux », Thèse Paris 1953), nous avons préféré adopter le système inverse qui nous permet d'exposer les divers problèmes dans le sens du plus simple au plus complexe.

(2) Sénat, n° 142.

Enfin, dans le régime sans communauté prévu par le Code civil, chacun des époux conserve l'intégralité de son patrimoine; mais l'administration et la jouissance des biens de la femme sont confiés au mari, dans les mêmes conditions que les propres de la femme dans le régime de communauté légale. Comme il n'existe pas de masse commune, toutes les économies faites par le mari, même sur les fruits et revenus des propres de sa femme, restent sa propriété. A la liquidation, la femme reprend seulement ses apports, soit en nature, soit en valeur, à condition qu'elle puisse prouver qu'elle en est propriétaire. Il convient de proscrire formellement ce régime inique qui comporte tous les inconvénients de la communauté sans en conserver le seul avantage : le partage, à la dissolution, de la masse commune. La proposition de loi MARCILHACY (1) ne comporte plus de réglementation du régime sans communauté qui ne se rencontre guère, actuellement, qu'en Alsace, à l'imitation des régimes légaux allemand et suisse.

Un deuxième type de solutions consiste à « aménager » le régime légal de communauté. Ceci peut être fait par l'adoption de clauses fort diverses dont nous parlerons ultérieurement, mais la plus générale et la plus répandue est certainement la clause de réduction de la communauté aux acquêts, qui présente l'avantage de conserver le caractère de propres aux biens mobiliers possédés par l'un des conjoints avant son union ou échus à lui ultérieurement à titre gratuit.

c) LES AVANTAGES ET LES INCONVENIENTS DES REGIMES SEPARATISTES ET COMMUNAUTAIRES :

La séparation des biens présente l'immense avantage pour la femme d'assurer son indépendance financière complète; elle est commode pour des familles fortunées et offre à l'épouse le meilleur moyen de courir sa chance personnelle : à ce titre, elle est souvent réclamée par la femme qui travaille.

Un régime séparatiste est généralement considéré comme avantageux aussi lorsque le mari exerce une profession soumise à des aléas financiers importants, ce qui explique sa faveur chez les commerçants.

Enfin, il présente encore l'avantage d'éviter la confusion des patrimoines, et ceci justifie son emploi très fréquent par les gens âgés, veufs ou divorcés qui se remarient sans vouloir faire tort à leurs familles réciproques.

(1) Sénat, n° 142,

Signalons encore que ce type de régime est celui qui peut le plus facilement permettre la continuation de la vie commune des époux en cas de mésentente relative sans les obliger à une rupture complète, chacun pouvant conserver des disponibilités monétaires propres.

La séparation des biens ouvre aux époux la possibilité de se consentir des donations occultes (ce qui présente, corrélativement, l'inconvénient de permettre des combinaisons malhonnêtes vis-à-vis des tiers).

En revanche, la plupart des avantages résultant de conventions de mariage ne pourront pas être insérés dans un contrat séparatiste, en particulier la clause de reprise de fonds de commerce.

Surtout ce système séduisant qui assure l'indépendance juridique absolue de la femme peut s'avérer extrêmement dangereux pour celle qui n'est pas rompue aux finesses juridiques. Une épouse qui le choisit doit gérer elle-même ses biens et savoir le faire. Dans les faits, cette sorte de régime assure le plus souvent l'exploitation de la femme qui, d'une part consacrerait une part importante de son temps, voire la totalité, à des tâches ménagères sans aucune contrepartie, et d'autre part laisserait gérer ses biens par son mari : si l'administration du mari résulte d'un mandat régulier de sa femme, celui-ci sera tenu de garder les comptes constamment à jour puisqu'il devra fournir des justifications à la dissolution du mariage ; mais le plus souvent, il est supposé agir en vertu d'une sorte de délégation affectueuse et tacite : dans cette hypothèse, rien n'a été prévu dans les règles de fonctionnement du régime pour assurer à la femme des garanties et, en particulier, le mari a la possibilité de garder pour lui tous les revenus de sa femme, n'étant tenu qu'à la représentation des fruits existants, sans être comptable de ceux qui ont été consommés.

Nous n'insisterons pas sur le cas d'un mari égoïste ou indélicat, qui peut conseiller à sa femme la vente de ses biens cependant que celle-ci laisse encaisser ses capitaux par son époux, car la femme, sous n'importe quel régime matrimonial se trouvera insuffisamment protégée en pareil cas. Mais considérons que la plupart des époux qui se marient séparés de biens se comportent ensuite comme s'ils étaient mariés sous un régime de communauté : ils mettent généralement leurs économies en commun, ne possèdent qu'un seul compte en banque au nom du mari (quelquefois avec procuration à la femme), un seul coffre-fort également au nom du mari, et, sans intention malveillante de sa part, c'est le plus souvent à son nom que le mari achètera l'appartement familial ou tel autre bien acquis en réunissant les capitaux provenant des deux patrimoines. Ainsi, au moment d'une séparation qui peut être brutale, la femme peut se trouver totalement démunie, écartée du bénéfice des économies réalisées souvent grâce à son esprit d'épargne et privée même de celles qui ont pu être réalisées à

l'aide de ses propres revenus, si son mari n'a pas pris la précaution de mettre une partie de la fortune acquise au nom de son épouse ; or, il suffit pour cela qu'il manque d'ordre. On peut même affirmer que plus la bonne entente régnera entre les époux, plus le risque sera grand pour la femme, car il est essentiel, pour un fonctionnement convenable du régime, que les deux époux se considèrent comme des étrangers l'un à l'égard de l'autre.

Il peut arriver que les époux aient eu, en se mariant, l'intention de répartir les biens acquis dans l'un et l'autre patrimoine successivement, mais que dire si le mari change de sentiments à l'égard de sa femme ou s'il conserve la totalité des économies réalisées, estimant compenser des griefs d'un autre ordre à l'égard de celle-ci ? ou si simplement un décès survient au cours d'une opération financière, par exemple après la vente d'un paquet d'actions dont le mari aura généralement encaissé le prix à son nom, surtout si sa femme se désintéresse des actes juridiques importants du ménage ?

La grande faiblesse des régimes séparatistes réside ainsi dans l'obligation de réaliser des comptes réguliers qui vont à l'encontre de la paix du ménage, et par conséquent sont rarement faits, au moins correctement. Peu de régimes nécessitent autant de preuves, de factures et de récépissés que celui de la séparation de biens. Théoriquement, chaque époux doit établir le montant des revenus encaissés par lui pour établir sa part contributive. Généralement, la femme, étant le trésorier des dépenses communes, recevra de son mari les sommes affectées par lui à cet entretien commun, mais elle devra justifier de l'emploi de ces sommes reçues, d'où l'établissement d'un nouveau compte. Enfin, les dépenses de la femme qui excèdent le standing considéré comme normal par la jurisprudence, eu égard aux revenus du ménage, n'étant pas à la charge de son mari, chaque époux devra payer ses dépenses somptuaires. Et ceci concerne seulement les sommes d'argent destinées à être dépensées. Mais chaque époux devra encore s'assurer la preuve de la propriété des meubles qu'il achète, ainsi que des valeurs mobilières qu'il acquiert, dans le but de leur éventuelle récupération, et conserver cette comptabilité le plus souvent quelques dizaines d'années.

On a pu écrire que ce type de régime ne pouvait fonctionner qu'à la condition que les deux époux vivent dans une méfiance réciproque et dans un état de mésentente chronique. SAVATIER en faisait le procès : « C'est le plus généreux des conjoints qui paie les dépenses communes et c'est l'autre qui fait les économies et les place naturellement à son nom » (1).

(1) SAVATIER : « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation des biens », D. 1929, chr. p. 21.

Si les régimes de séparation de biens offrent une grande simplicité au moment de la séparation des patrimoines (1), celle-ci est donc largement compensée par l'obligation constante d'une comptabilité tenue régulièrement à jour pendant toute la durée du mariage. La solution offerte par les régimes de communauté est diamétralement opposée puisqu'à une très grande complexité lors de la dissolution du mariage s'oppose la facilité d'une unité d'administration remise aux mains du mari.

Les régimes de communauté répondent certainement mieux à l'idéal que les époux français, imprégnés de tradition chrétienne, se font du mariage-union des personnes et des biens pour le meilleur et pour le pire - , ainsi qu'à la situation de fait qui résulte de la vie en commun. Au contraire, nombreux sont ceux qui reprochent aux régimes séparatistes de ne différencier en rien, quant au régime des biens, le concubinat et le mariage, et certains rappellent comment le mariage romain *sine manu* eut pour conséquence la généralisation du concubinat, que ne parvint pas à endiguer la sévérité des lois caducaires de l'Empereur Auguste.

Sous un régime communautaire, la femme se trouve étroitement associée à la réussite de son mari, et si elle renonce à toute activité professionnelle dans l'intérêt de celui-ci et de ses enfants, elle profite des gains réalisés et risque moins de se trouver, à la dissolution du mariage, aussi totalement démunie que si elle était séparée de biens. La moitié de la masse commune lui sera attribuée à la dissolution contre paiement du seul droit de partage. De même, si la femme assiste son mari dans l'exercice de sa profession ; il serait injuste de la voir évincée totalement, par les héritiers du mari, d'un établissement à la création et à la prospérité duquel elle a contribué.

Certes, en cas de mauvaise gestion du mari, la femme commune est insuffisamment protégée ; quand elle obtiendra la séparation de biens par voie judiciaire, il sera souvent trop tard (2). Néanmoins, ce régime s'imposera chaque fois que la future épouse, sans posséder une fortune personnelle très importante, ne recherchera pas son auto-

(1) Cette simplicité n'est peut-être qu'une apparence : JOUSSELIN n'écrit-il pas : « la liquidation des droits d'époux séparés de biens apparaît en pratique comme beaucoup plus compliquée et plus incertaine dans ses résultats que la liquidation dans les droits d'époux communs (JOUSSELIN, Travaux de la semaine internationale de Paris, 1937, p. 83).

(2) La proposition de loi MARCILHACY (art. 1398) prévoit, pour chacun des deux époux, la possibilité de formuler une demande de séparation de biens. Sur requête de l'un des conjoints, le président du tribunal de grande instance du domicile conjugal peut l'autoriser à prendre toutes mesures conservatoires utiles ; ces mesures seront toutefois frappées de caducité si, dans les vingt jours de l'ordonnance d'autorisation, elles ne sont pas suivies de la signification d'une demande en séparation de biens ou du dépôt d'une requête en homologation d'un acte portant modification du régime matrimonial.

nomie financière, principalement si elle ne pense pas exercer une profession séparée. On a dit que la femme choisirait ce régime toutes les fois qu'elle « parierait la réussite de son mari ».

Le choix d'un régime de communauté présente aussi le très grand avantage d'une gamme infinie de conventions de mariage ; nous n'en citerons qu'un exemple : l'attribution au survivant non seulement de la moitié des biens communs en pleine propriété, mais de l'autre moitié en usufruit, fréquemment adoptée, semble-t-il, dans la région du Pas-de-Calais, clause qui répond parfaitement à la fois au souci qu'ont généralement les époux de conserver au survivant d'entre eux la jouissance de l'ensemble des biens communs et aussi à la croyance très généralement admise que ce survivant les conservera (1).

En revanche, ces régimes présentent l'inconvénient pour la femme de limiter ses droits sur ses biens propres, la privant de toute jouissance au profit de la communauté, puisque les revenus doivent être encaissés par le mari qui en est le chef. La femme commune est sans défense contre un mari despotique et se trouve à la discrétion de celui-ci, en particulier en ce qui concerne ses dépenses personnelles, ce qui peut être grave si le ménage est dispersé notamment par suite des conditions de travail des époux, ou s'il existe une mésentente relative. A ce sujet, il est curieux de constater (2) que les avoués prônent plus souvent que les notaires les régimes séparatistes car ils ont affaire principalement aux ménages désunis. En particulier, la femme est impuissante, malgré les facilités qui lui sont accordées par l'article 243 du Code civil, lorsque le mari a vendu frauduleusement un bien de communauté, surtout un fonds de commerce, avant l'obtention d'un divorce, et qu'il présente, pour le partage, le prix officiel en conservant les dissimulations qui peuvent constituer l'essentiel du prix de vente véritable, car la charge de la preuve de la fraude s'avère si difficile que bien rares sont les exemples où une telle action a pu réussir.

Contre les régimes communautaires, on invoquera aussi le jeu des dévaluations successives qui rendent inutiles le plus souvent les reprises en deniers des époux (et si l'on décidait d'indexer ces reprises, la plupart des communautés se trouveraient déficitaires) et surtout l'impossibilité devant laquelle se trouvera bientôt le praticien de retracer l'histoire d'une fortune : les comptes courants d'action non identifiés par leur numéro, qui tendent à se développer de plus en plus à cause des avantages financiers qu'ils présentent, augmentent tant

(1) Dans le Nord, ainsi que dans les départements d'Alsace-Lorraine, on trouve fréquemment aussi un régime de communauté universelle de tous les biens présents et à venir, assorti d'une clause d'attribution à l'époux survivant en totalité, mais cette solution, qui facilite les remariages, peut aboutir à léser les enfants dans la succession de leurs parents.

(2) Enquête effectuée au 52^e Congrès des Notaires de France à Biarritz en 1953.

la difficulté que l'on rencontre à suivre la gestion d'un portefeuille que la preuve des reprises sera souvent impossible à établir quand il s'agira de valeurs mobilières.

En outre, la femme, dont l'autorité se trouve limitée et la responsabilité amoindrie, est soumise aux chances de succès de son mari et le régime ne sera véritablement avantageux pour elle qu'à la condition que le mari sache gouverner ses biens. La femme peut être plus apte que son mari à gérer ses biens, et, très souvent, elle est plus économe.

Il n'existe ainsi que des cas d'espèces et aucune solution standard ne peut être, je crois, proposée. Il est d'ailleurs des ménages communs où la femme exerce, en fait, le rôle du chef de famille. Une étude publiée dans la revue « Population » (1) montre parfaitement que dans la quasi-totalité des ménages populaires et dans bon nombre de ménages bourgeois, c'est la femme qui exerce en fait la direction économique de son foyer et qui, prenant l'avis de son mari pour les seuls actes importants, fait finalement toujours triompher son point de vue, jouant ainsi véritablement le rôle de chef de ménage. L'autorité dépend des caractères en présence et quelquefois, le mari « règne mais ne gouverne pas ».

d) LES TENTATIVES DE CONCILIATION: LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS ET LA PARTICIPATION AUX ACQUÊTS:

De nombreuses tentatives ont été faites pour construire un régime matrimonial comportant les avantages à la fois des régimes séparatistes : l'indépendance juridique de la femme, et des régimes communautaires : le partage des acquêts. Ces tentatives se sont principalement manifestées sous deux formes différentes, à savoir l'adjonction d'une société d'acquêts à un régime de séparation de biens, et l'élaboration d'un régime de participation aux acquêts, à l'imitation du système scandinave.

L'adjonction d'une société d'acquêts à un régime de séparation de biens (2) semble répondre parfaitement aux deux objectifs précédemment énoncés, la qualification de régime de séparation satisfaisant les aspirations féministes et la présence d'une masse commune de biens soumise à l'administration du mari réalisant précisément cette mise en commun des économies qui doit permettre d'éviter les comptes et d'assurer à l'épouse une participation aux gains réalisés par son mari.

(1) Revue « Population » de l'Institut National d'Etudes démographiques, n° janvier-mars 1951, p. 183.

(2) Un régime dotal se trouve également quelquefois assorti d'une clause de société d'acquêts, ce qui aboutit à la constitution de trois patrimoines pour la femme : ses biens dotaux, ses biens paraphernaux et sa part des biens communs.

Dans la pratique, ce système hybride soulève de très nombreuses complications, accrues par le défaut de réglementation légale d'un système qui n'a pas encore eu le temps d'être « rôdé » par l'usage, et accumule les défauts des deux régimes dont il prétend réunir les avantages.

En effet, chaque époux conserve sa pleine capacité en ce qui concerne l'administration de ses biens propres ; dès lors, tous les biens figurant au nom de la femme dans une banque lui appartiennent en propre ; il en est de même pour les biens qui se trouvent au nom du mari. Comment faire la part de la société d'acquêts, à moins que les époux ne prennent soin de constituer un troisième compte et d'y verser régulièrement leurs économies, puis d'acquérir des biens au nom de l'un et de l'autre en indiquant la provenance des deniers. Mais une telle possibilité n'est pas exclue dans le cas d'un régime de séparation de biens pure et simple.

Et si l'un des époux se montre rétif pour remettre ses économies à la société d'acquêts, par quel moyen son conjoint pourra-t-il l'y contraindre ? En particulier, la femme qui a préféré un régime séparatiste pour conserver la gestion de son patrimoine remettra-t-elle sans regrets ses revenus à la disposition de son époux ? Il reste d'ailleurs à déterminer (et la doctrine et la jurisprudence sont loin d'être unanimes sur la réponse à donner à ce problème) à quel moment la femme devra remettre au mari les économies réalisées par elle après paiement à la fois de sa part contributive aux dépenses communes et de ses dépenses personnelles ou concernant ses biens propres ; en particulier, les créanciers peuvent-ils exiger la remise des économies, ou bien, si le contrat n'a fixé aucun délai, la femme a-t-elle le droit de les conserver voire de les dépenser, jusqu'à la fin du mariage ?

Autre inconvénient, la présomption de propriété en faveur de la société d'acquêts (1) va singulièrement limiter, en pratique, l'indépendance juridique de la femme : en effet, lors d'un remploi immobilier pour lequel la femme peut devoir parfaire le prix d'acquisition au moyen de deniers propres ou lors d'opérations de Bourse sur des titres provenant d'emploi de fonds personnels, seul le concours du mari peut anéantir la présomption qui en attribue la propriété à la société d'acquêts, à défaut de preuve contraire. Et doit-on même autoriser la femme à aliéner plus que la nue-propriété de ses propres, en raison des droits de son mari sur l'excédent de ses revenus ?

Supposons maintenant que la femme vende un de ces propres, puis, procède quelque temps après, à l'acquisition d'un autre bien en négligeant de spécifier qu'il s'agit d'un remploi. Au moment du partage, seule lui sera laissée la propriété de la moitié de cet immeuble

(1) Req. 3 mars 1902, D. P. 1904. 1. 118.

sans qu'elle puisse, comme le ferait une femme mariée sous un régime de communauté, exercer une reprise en deniers sur le montant du prix de vente de son propre puisque son mari n'a jamais encaissé ce prix ; elle sera simplement censée avoir dépensé cet argent.

L'impossibilité d'appliquer le jeu des reprises tel qu'il est aménagé dans un régime de communauté aboutit ainsi fréquemment à des solutions injustes : les juges de Besançon se prononcèrent récemment (1), sur le cas de deux époux qui avaient acquis conjointement un terrain, entré dans la société d'acquêts constituée entre eux, terrain que le mari avait ensuite bâti à ses seuls frais : la société d'acquêts se vit reconnaître la propriété par voie d'accession des bâtiments construits sur le terrain par le mari, sans récompense possible au profit de ce dernier.

Il a été proposé de restreindre la société d'acquêts à certains éléments, par exemple soit aux acquêts immobiliers, soit aux acquêts mobiliers, mais il suffira à celui des deux époux qui ne voudra pas participer à la constitution de la société d'acquêts d'acquérir des biens d'une nature qui lui permette de les garder propres ; et dans le cas où les époux mettent réellement en commun tous leurs revenus, le mari pourra facilement détourner ces fonds pour augmenter ses propres, puisqu'il est le chef de la société d'acquêts.

Le régime de participation aux acquêts, au contraire, institue une séparation de biens tant que dure la vie commune des époux, séparation à laquelle il substitue une communauté dès que les époux sont séparés ! C'est le régime envisagé, avec quelques variantes, par les propositions de lois de Mme POINSO-CHAPUIS (2) et de M. CAILLAVET qui visaient à en faire le régime légal français (3). Une étude critique fort complète en a été faite par Me VIDECOCQ au 52^e Congrès des Notaires de France (4).

Sous un tel régime, d'une manière générale, chaque époux conserve pendant toute la durée du mariage la libre disposition à la fois de ses biens personnels et des économies par lui réalisées. Mais, à la dissolution, les acquêts sont partagés selon un mode très largement inspiré de celui que prévoit le Code civil pour le régime de communauté ; cependant, les acquêts ne forment pas rétroactivement un patrimoine distinct et il n'y a pas lieu à distinguer entre actif et passif propres ou communs : en particulier, il n'y a pas lieu à rapport des sommes prises sur les acquêts pour l'amélioration de biens propres ou dépenses strictement personnelles.

(1) Besançon 31 mai 1963 Gaz. Pal. 12 nov. 1963.

(2) Proposition de loi n° 203 de la session de 1951.

(3) Proposition de loi n° 2016 de la session de 1951.

(4) Biarritz, juin 1953.

A la dissolution, prévoyait la proposition de loi CAILLAVET (1), chaque époux aura le droit de conserver sur estimation les acquêts, meubles et immeubles, qui sont sa propriété; en cas de désaccord sur la valeur à attribuer aux biens, l'estimation en sera faite par experts avec homologation du tribunal; enfin, une faculté de renonciation aux acquêts était envisagée.

Mais les femmes ne s'en remettent-elles pas à leur mari pour la gestion de leurs biens, sans trouver les mêmes garanties que la femme commune, auquel cas ce régime comporterait pour elles de sérieux inconvénients? La loi du 13 juillet 1907 est restée inappliquée, convient-il d'adopter un régime qui correspond à la généralisation du système des biens réservés. Surtout, il serait extrêmement facile à l'un des époux, par exemple dans la prévision d'un divorce, de transformer ses « acquêts » en billets de banque ou objets aisément dissimulables, afin de priver son conjoint de sa part dans les dits acquêts, tout en participant au partage des biens acquis pendant le mariage par l'époux honnête et lésé.

Il semble que l'indépendance juridique réelle de la femme ne soit que l'apanage d'une minorité; les régimes communautaires correspondent encore pour longtemps aux aspirations du couple français. C'est pourquoi les projets de réforme les plus récents n'envisagent qu'un aménagement du régime légal. En quel sens cet aménagement doit-il se faire? Certainement dans le sens d'un accroissement des responsabilités pécuniaires de la femme. Me VIDECOQ écrivait (2) : « Dans le régime ancien, la femme était une associée en espérance, dans le régime actuel c'est une associée en nom qui n'a pas de pouvoirs, sera-t-elle demain une associée responsable exposée à des risques ? ».

e) LE PROJET MICHELET

C'est en ce sens que décidait le projet de réforme des régimes matrimoniaux présenté par M. MICHELET, alors Garde des Sceaux, et déposé sur le bureau du Sénat le 6 mai 1959. Ce projet avait été établi sur la base des travaux de la Commission de Réforme du Code civil, présidée par M. JULLIOT de la MORANDIERE, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Paris. Il en résultait l'adoption d'un régime légal de communauté réduite aux acquêts comportant une augmentation très sensible des pouvoirs reconnus à la femme, aucun acte important concernant les biens communs ne pouvant être fait par le mari sans le consentement de son épouse : aliénations d'immeubles ou de fonds de commerce, perception de certains capitaux, constitution de sûretés réelles (hypothèques, nantissements), baux ou aliénations de biens

(1) Art. 1398, xxxii.

(2) 52^e Congrès des Notaires de France, Biarritz, juin 1953, p. 126.

mobiliers affectés à la vie du ménage (automobiles par exemple) ou à l'exercice de la profession de la femme. Le projet réalisait donc une véritable co-gestion, les pouvoirs du mari ne subsistant plus inchangés qu'en ce qui concerne les valeurs mobilières, et sauf un droit d'opposition reconnu à la femme auprès de la banque, de l'agent de change ou de la société ou collectivité émettrice.

On sait que ce projet fut discuté deux fois devant chaque Assemblée, le différend provenant des modalités d'administration des biens propres de la femme.

En effet, le projet adopté en première lecture par le Sénat lors de sa séance du 5 novembre 1959 (1) devait subir devant l'Assemblée Nationale (2) un certain nombre de modifications parmi lesquelles celle de l'article 1438 : la nouvelle rédaction, proposée par M. COSTE-FLORET, conformément au vœu émis par de nombreuses associations féminines, réservait à la femme l'administration et la disposition de ses biens propres (3).

M. MARCILHACY, rapporteur au Sénat (4) allait s'élever contre cette innovation : les gains et salaires de la femme échappent déjà à son mari ; si on retire également à ce dernier les revenus des biens propres de sa femme, « la prétendue communauté » que le mari aura à gérer ne sera constituée que par ses gains et salaires et par le revenu de ses biens propres, la femme gérant de son côté d'une part ses gains et salaires, d'autre part ses biens propres, le tout ne constituant une masse commune qu'à la dissolution, comme c'est le cas dans le régime de participation aux acquêts.... L'auteur de l'amendement, M. COSTE-FLORET, a tellement senti la valeur de cette argumentation qu'il a tenté de réintroduire dans la communauté le revenu des propres de la femme. Il résulte en effet des explications de M. COSTE-FLORET, sinon du texte lui-même, extrêmement peu explicite sur ce point, que dans le système adopté par l'Assemblée Nationale, la femme gère ses biens propres, mais n'en touche pas les revenus qui tombent dans la communauté administrée par le mari. Nous avouons ne pas comprendre comment un tel système pourrait fonctionner. Avec quoi la femme assurerait-elle l'entretien de ses immeubles et le paiement des charges afférentes à ceux-ci : taxes, assurances, etc.?... Enfin, cela risquerait de se retourner en définitive contre la femme, car il est bien évident que, dans la majorité des cas, le mari continuerait à gérer les propres de la femme, mais sans avoir aucune responsabilité en cas de mauvaise gestion, et sans être comptable du prix de ces propres en cas de vente, car c'est la femme qui donnerait quittance ».

(1) Sénat, 23 (année 1958-1959), 6 (année 1959-1960) et in-8° 1 (année 1959-1960).

(2) Sur le rapport de M. SAMMARCELLI, Assemblée Nationale, 1^{re} législature, 912.

(3) Assemblée Nationale, 1^{re} législature, 356 et in-8° 231.

(4) Sénat, 159 (année 1960-1961).

Toutefois, l'auteur reconnaît que dans certains cas, et « spécialement en cas de séparation de fait ou d'abandon de famille », il peut être nécessaire de permettre à la femme d'administrer un ou plusieurs de ses biens propres ; il propose alors un texte (1) « permettant à la femme « inquiète » du sort de ses biens ou démunie de ressources de réclamer, pour une durée qui pourrait d'ailleurs n'être que temporaire, le droit d'administrer elle-même tout ou partie de ses biens propres ».

Mais si le Sénat, entendait bien réserver au mari l'administration des biens propres de son épouse (2), l'Assemblée Nationale (3) n'allait pas s'incliner et sa position décidait le Gouvernement à retirer le texte de l'ordre du jour de la séance, le 12 juillet 1961 (4). Par la suite, le projet devint caduc par suite de la dissolution de l'Assemblée Nationale.

f) LA PROPOSITION DE LOI MARCILHACY

C'est très récemment que le problème de la réforme des régimes matrimoniaux devait rebondir avec le dépôt, à la date du 21 mai 1963, d'une proposition de loi (5) rédigée par le sénateur P. MARCILHACY, auteur de la critique précédente. Le texte devait être adopté le 19 juin 1963 par la Commission des Lois et un rapport présenté au Sénat au cours de sa séance du 25 juin 1963 (6).

Puisqu'il paraît techniquement impossible, si l'on ne veut pas déformer le régime de communauté (7), d'enlever au mari l'adminis-

(1) Article 1439 du rapport précité.

(2) Sénat, in-8°, 61 (année 1960-1961).

(3) Sur le rapport de M. SAMMARCELLI, Assemblée Nationale, 1^{re} législature, 1318.

(4) J.O. 13 juil. 1961, Déb. parlam. Ass. Nat. 1^{re} séance, 12 juillet 1961, p. 1658.

(5) Proposition de loi n° 98 (annexe au procès-verbal de la séance du 21 mai 1963).

(6) Sénat, 142, 2^e session ordinaire de 1962-1963.

(7) Cependant, il est actuellement possible de stipuler dans un contrat de communauté, que la femme se réserve l'administration de ses propres ou de tel bien propre particulier. (AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, tome VII, 504, texte et note 4; PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil, tome VIII, Régimes matrimoniaux par NAST, n° 24 et 581; Civ. 16 avr. 1867, D. 1867. 1-221; cités par MICHENET dans J. C. P. 1948, I. 722). Ceci prouve bien qu'une telle administration n'est pas confiée à son époux en raison de l'« autorité maritale » car une telle stipulation ne serait pas valable si elle portait atteinte à cette autorité. De plus, il y a de très nombreux ménages où la femme ne possède pas de biens propres et qui sont soumis à un régime de communauté. Les revenus de la femme ne tombent donc en communauté que pour assurer sa contribution aux charges du ménage. Or le mari peut contraindre son épouse à une participation en limitant sa propre contribution. En ce qui concerne le problème des reprises, la femme ne les exercerait que si elle n'avait pas encaissé seule mais si les fonds étaient entrés en communauté : la preuve pourrait être apportée dans les mêmes conditions qu'elle l'est actuellement lorsque la femme encaisse seule des capitaux en vertu d'une procuration de son mari. En Espagne où le régime légal est une communauté d'acquêts, l'épouse conserve l'administration de ses propres non dotaux. (suite page suivante)

tration des propres de sa femme, mais que d'autre part il peut « paraître choquant » que la femme « se voit retirer par son mariage une prérogative dont elle disposait sur ses biens propres », « à l'époque de l'émancipation féminine », la proposition de loi, dans son article 1438, prévoit l'égalité des époux quant à la gestion et à la libre disposition de leurs biens propres (1).

Le rapport est présenté comme conforme, dans son ensemble, au texte du gouvernement qui avait fait l'objet de la navette entre les deux Assemblées, texte auquel l'auteur a seulement adjoint quelques modifications dans le but de « se rapprocher d'une position très fermement prise par l'Assemblée Nationale dont il reconnaît qu'elle répond à de sérieux impératifs psychologiques et même économiques ».

En fait, le texte est fondamentalement transformé par le fait que le mari se voit retirer non seulement la gestion des propres de sa femme mais également celle des biens entrés en communauté du chef de cette dernière, ce qui a pour conséquence d'établir une égalité absolue entre les époux. Aux termes de l'article 1435 du projet, « chacun des époux administre les biens entrés en communauté de son chef et peut en disposer ».

H. MAZEAUD (2), dans une violente critique de la proposition de loi MARCILHACY, lui reproche d'introduire « comme régime de droit commun, sous le nom de communauté d'acquêts, le régime de participation aux acquêts, ce régime dont ni la Commission de réforme du Code civil, ni le Conseil d'Etat, ni le Gouvernement, ni l'Assemblée Nationale, ni le Sénat n'ont voulu comme régime de droit commun » et s'attaque à l'égalité de pouvoirs des époux (« Sans doute, hommes et femmes, ne sommes-nous que des robots dont la dissemblance physique n'est qu'un accident « regrettable »... ») qui fait d'une « prétendue communauté réduite aux acquêts une communauté réduite à zéro ».

(suite du renvoi de la page précédente)

Le mari pourra rencontrer cependant des difficultés identiques à celles que nous avons indiquées à propos du fonctionnement de la société d'acquêts, pour obtenir que son épouse récalcitrante veuille lui remettre les économies réalisées par elle sur les revenus de ses propres, après versement de sa contribution aux charges du ménage; il est ainsi à craindre que la prétendue communauté ne soit exclusivement alimentée que par les revenus et salaires du mari.

(1) Art. 1438 : « Chacun des époux administre ses biens propres et en perçoit les fruits pour le compte de la communauté ». Art. 1436 : « Chacun des époux peut disposer seul de la pleine propriété de ses biens propres. »

(2) MAZEAUD : « Un régime de communauté réduite à zéro », J.C.P. 1963. I, 1778,

Cependant, si l'on compare dans le régime de participation aux acquêts (1) et dans le régime proposé comme régime légal par le sénateur MARCILHACY respectivement, les pouvoirs conférés aux époux sur les acquêts et sur les biens communs, on note d'importantes différences. Dans le premier cas, ces pouvoirs sont ceux conférés par un régime séparatiste (à l'exception des dispositions visant les libéralités entre vifs), dans le second, au contraire, chacun des époux ne peut accomplir, sans le consentement de son conjoint, aucun acte susceptible de porter préjudice à cette partie du patrimoine commun que la loi soumet à son administration. Certes, il lui reste loisible de ne pas faire d'économies sur ses propres revenus et salaires, mais si des biens ont été acquis de son chef postérieurement au mariage, il ne pourra en particulier (2) ni en disposer entre vifs à titre gratuit, même pour l'établissement d'enfants communs, ni disposer à titre onéreux des immeubles, des fonds de commerce, des établissements industriels ou artisanaux, des droits de clientèle cessibles, ainsi que des meubles affectés à la vie courante du ménage, ni consentir sur ces biens aucun bail ni sureté réelle, il ne pourra pas davantage disposer à titre onéreux des droits de propriété littéraire ou artistique, ni percevoir les capitaux provenant de l'aliénation de ces divers biens; il ne pourra encore « céder des droits sociaux non négociables par tradition ou transfert », ou des « droits sociaux, même négociables par tradition ou transfert, lorsque le logement de la famille ou l'exercice de la profession de l'un des époux est subordonné à la jouissance de ces droits », ou encore « céder les valeurs mobilières dépendant de la communauté lorsque l'autre époux a notifié au dépositaire des valeurs, à l'intermédiaire chargé de la négociation, ou s'il s'agit de titres nominatifs, à la société ou collectivité émettrice, son opposition à ce qu'il soit procédé à cette opération ou au retrait des titres sans son consentement ».

Par ces dispositions, ce régime échappe à la principale critique du système de participation aux acquêts, selon laquelle il est aisément loisible à l'un des époux de dissimuler au moment opportun tout ou partie des acquêts provenant de son chef. En revanche, la seconde objection reste valable: le fait de confier à la femme l'administration d'une masse de biens répond-il véritablement aux vœux de l'ensemble des femmes françaises ou bien n'est-il que le souhait d'une minorité?

(1) La proposition de loi du sénateur MARCILHACY contient une réglementation du régime de participation aux acquêts, prévu comme régime conventionnel. En ce qui concerne les pouvoirs des époux, l'article 1479 de la proposition de loi précise : « chaque époux administre seul ses biens propres et ses acquêts et ses acquêts et peut en disposer. Toutefois, sauf clause contraire, il ne peut, sans le consentement de son conjoint, disposer entre vifs, à titre gratuit, de ses acquêts, même pour l'établissement d'enfants communs... ».

(2) Art. 1435.

Combien d'épouses seront-elles à la mesure du rôle que la proposition de loi leur décerne, et combien de ménages réaliseront-ils en fait l'unité de gestion du patrimoine familial ?

En faisant toutes réserves sur l'intérêt qu'il peut y avoir à faire de ce régime le régime légal en France, nous pensons cependant que la proposition de loi a le mérite de réaliser certainement le meilleur compromis qui ait été obtenu jusqu'à présent entre les avantages des régimes séparatistes et ceux des régimes communautaires, tout en réduisant leurs inconvénients à la limite du possible.

Il ne paraît malheureusement pas possible, dans l'état actuel de notre législation, d'adopter conventionnellement le régime prévu par le projet MARCILHACY qui apporte une atteinte trop grave aux pouvoirs reconnus au mari comme chef de la communauté.

g) L'INTERET DU SUJET:

Après ce bref aperçu destiné à mettre en évidence la complexité du choix d'un régime matrimonial équitable, mais au cours duquel nous avons à dessein négligé tout ce qui pouvait tenir au particularisme du droit pharmaceutique, il est permis de se demander dans quelle mesure l'existence d'une officine dans le patrimoine de l'un des conjoints ou des deux à la fois ne va pas introduire une nouvelle source d'exigences de nature à modifier sensiblement le choix qui pourra être fait par les époux.

« L'intérêt que présente pour la pratique une question est déterminé par deux données : l'importance des intérêts pécuniaires en jeu et le nombre de difficultés à résoudre » (1). Rien ne pouvait mieux exprimer l'importance du problème du régime matrimonial du pharmacien d'officine. La pharmacie représente pour son titulaire à la fois son instrument de travail et généralement le seul ou le principal élément pécuniaire de son patrimoine ; sa sauvegarde dans son intégralité est pour lui une nécessité et doit être recherchée à travers tous les problèmes envisagés. Le grand nombre des difficultés à résoudre à cette fin résulte de la nécessité de concilier les prescriptions impératives de la législation pharmaceutique aux principes divers du droit patrimonial.

(1) RIOU : « Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux », Thèse de doctorat en Droit, Paris 1953, p. 17.

h) LES LIMITES DU SUJET:

Mais il ne saurait être question, dans les limites de ce travail, d'envisager de façon exhaustive le sort du fonds d'officine dans toutes les éventualités qu'il est possible d'envisager par la mise en jeu des règles des principaux régimes matrimoniaux.

Seuls seront étudiés les problèmes qui découlent du caractère pharmaceutique du fonds envisagé et il n'entre pas dans le cadre de cet exposé de consacrer quelque développement aux situations dans lesquelles le droit commun peut s'appliquer sans aucune particularité.

i) LE PLAN:

Après avoir évoqué dans une première partie les problèmes relatifs à la propriété du fonds d'officine dans les divers régimes matrimoniaux, on envisagera successivement les particularités tenant à l'exploitation d'un fonds d'officine pendant le mariage puis à sa liquidation à la dissolution d'un régime matrimonial.

*
* *

1^{re} PARTIE

LA PROPRIETE DU FONDS D'OFFICINE DANS LES DIVERS REGIMES MATRIMONIAUX

L'article 578 du Code de la Santé Publique définit l'officine comme « l'établissement affecté à l'exécution des ordonnances magistrales, à la préparation des médicaments inscrits au Codex et à la vente au détail des produits visés à l'article 511 ». Ce magasin de vente au public constitue juridiquement un fonds de commerce.

La loi du 17 mars 1909 qui n'en règlemente que la vente et le nantissement, ne fournit pas de définition du fonds de commerce mais énumère seulement les différents biens qui le constituent. La doctrine et la jurisprudence se sont donc efforcées peu à peu d'en dégager les caractéristiques essentielles. Parmi tous les éléments, la clientèle leur est apparue comme le plus nécessaire : sans clientèle, le fonds ne pourrait exister (1), à tel point que l'on a pu interpréter le fonds comme un véritable « droit de clientèle » (2).

Ainsi que l'écrit le doyen RIPERT, (3) « chacun des biens compris dans le fonds de commerce conserve sa nature propre et son statut juridique : il y a des biens mobiliers corporels (outillage, marchandises), des droits personnels (droit au bail), de propriétés incorporelles (marques, brevets) et des biens d'un caractère indécis (nom commercial, licence d'exploitation). Mais ces biens sont réunis dans la même main en vue de l'exploitation du fonds. Leur union donne au commerçant la possibilité de retenir une clientèle. Si on disperse ces éléments, la clientèle disparaît et le fonds de commerce est détruit. L'union de ces éléments divers est donc un caractère essentiel du fonds de commerce ».

(1) Req. 22 oct. 1923, D. 1924. I. 77- Req. 26 juil. 1932, Gaz. Pal. 1932. II. 687.

(2) Req. 15 fév. 1937, : « La clientèle représente l'élément le plus essentiel, celui sans lequel un fonds de commerce ne saurait exister », D.P. 1938. I. 13., note CORDONNIER; la clientèle « est la substance du fonds, duquel il n'est pas possible de la séparer sans anéantir le fonds lui-même. », S. 1937. I. 169. note ROUSSEAU - Trib. com. Marseille 13 juin 1929, S. 1930, 11.40.

(3) RIPERT, cité par RIOU, « Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux », thèse de doctorat en Droit, Paris 1953 p. 392.

1. - DE LA PLACE DU FONDS D'OFFICINE DANS LA COMPOSITION DES PATRIMOINES

1. La nature juridique du fonds d'officine :

Fonds de commerce, l'officine est un bien mobilier qui, par ce fait, tombe en communauté quels que soient sa date et son mode d'acquisition sous le régime légal, et se trouve inclus dans la masse commune s'il entre à titre onéreux dans le patrimoine de son titulaire postérieurement à son mariage, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts (1) ; tel était bien, dès 1841, l'avis de la Cour de Metz (2).

Il en résulte, à la dissolution du régime matrimonial, au moment du partage du patrimoine commun, l'éventualité d'une mise aux enchères publiques du fonds de pharmacie, à défaut d'un partage à l'amiable.

On voit à quels aléas se trouve soumis le titulaire d'une officine de pharmacie au décès de son conjoint ou à la suite d'un divorce ou d'une séparation de corps. Même s'il était propriétaire de son officine avant son mariage, par le fonctionnement des règles du régime de communauté légale, l'officine peut être vendue de son vivant sans qu'il puisse obtenir de la garder, moyennant paiement de récompenses à ses copartageants.

C'est pour éviter cette conséquence absurde que la doctrine élaborait, au début du XX^e siècle, une construction qui paraissait judicieuse : l'assimilation des officines de pharmacie aux offices ministériels.

Si l'on assimilait l'officine à un office ministériel l'officine tombait en communauté en ce qui concerne seulement sa valeur pécuniaire, tandis que le titre et la licence appartenaient exclusivement au pharmacien titulaire.

Nombreux étaient les motifs qui militaient en faveur de cette assimilation :

ESMEIN insistait sur la similitude des difficultés rencontrées dans le cas de l'office et dans le cas de l'officine : la dissociation de l'office en deux éléments a été imaginée « parce qu'on rencontrait dans les règles relatives à l'exploitation des offices un obstacle à ... leur entrée pure et simple en communauté » ; or ici « l'analogie est trop proche pour qu'on ne puisse proposer l'extension du procédé juridique imaginé » dans le cas de l'officine (3).

(1) A moins que l'officine n'ait été léguée à l'un des époux, avec la mention expresse qu'elle lui deviendrait propre.

(2) Metz, 3 juin 1841, Jurisprudence générale Dalloz, verbo « chose jugée », n° 509.

(3) ESMEIN, « Les ménages de pharmaciens propriétaires d'officines », Gaz. Pal. 1942. I. Doctrine. p. 23 ; voir aussi RIPERT et BOULANGER, Traité élémentaire de M. PLANIOL, 3^e éd., t. III, n° 299.

Il n'y avait d'ailleurs pas, selon ESMEIN, une grande différence entre l'office ministériel qui est une fonction publique et l'officine de pharmacie qui s'exerce sous une surveillance très étroite de l'Etat : « une profession réglementée se trouve à un stade intermédiaire entre la profession libre et la fonction publique ».

Des tribunaux furent séduits par ces arguments (1) et notamment le tribunal civil d'Alger faisait encore remarquer d'autres ressemblances : la loi prévoyait un régime sensiblement identique pour office et officine au cas de décès du titulaire (les héritiers sont autorisés à laisser l'un et l'autre ouvert, à la condition qu'une gérance soit exercée dans le premier cas par un officier ministériel, dans le second cas par un pharmacien) ; surtout, l'accent était mis sur la nécessité de l'obtention d'un titre conféré par l'Etat, qu'il s'agisse de la nomination de l'officier ministériel ou du diplôme de pharmacien.

Le même jugement d'Alger procédait à une analogie curieuse avec « un cas beaucoup moins favorable puisqu'il ne s'agit pas d'un titre conféré ou protégé par l'Etat, celui de la propriété artistique ou littéraire.... Attendu qu'on ne voit pas pourquoi le pharmacien serait moins bien traité que l'artiste et comment on lui imposerait, à la dissolution de la communauté, de vendre son fonds et non pas seulement d'en partager la valeur vénale avec son conjoint ou de procéder à son rachat en versant un capital à son conjoint ».

Mais l'assimilation de l'officine de pharmacie à l'office ministériel rencontra de sérieuses objections.

Une partie de la doctrine (2) fit remarquer que si les offices ne peuvent entrer en communauté c'est qu'ils sont hors de commerce ; l'officier ministériel ou ses héritiers ne peuvent vendre leur office au successeur de leur choix, ils ne possèdent qu'un droit de présentation et le successeur doit être nommé par décret. « Si l'officier ministériel peut conserver son office quand la communauté se dissout, ce n'est pas parce que l'office est intimement attaché à la personne du titulaire et qu'il est un bien personnel par sa nature, c'est uniquement parce que l'office est une fonction publique, que l'officier ministériel est nommé par l'Etat et ne peut être destitué que par lui et que la licitation conduirait à une véritable destitution. Or, aucune de ces raisons n'existe pour les officines de pharmacie ni pour les fonds de commerce quelconques » (3).

(1) Trib. civ. Le Havre 24 juil. 1924, D. 1925. 2. 148- Trib. civ. Alger 10 déc. 1932 D. 1934. 2. 133 : « Attendu qu'il y a d'abord un diplôme, un titre conféré par l'Etat dont seul celui qui est titulaire peut acquérir et exploiter une officine, lequel titre est hors du commerce et ne peut être cédé ou aliéné, ni, par suite, tomber en communauté, c'est-à-dire devenir la propriété indivise de deux époux, alors que la femme est dépourvue du diplôme ad hoc ; et qu'à côté du titre existe la valeur vénale, la finance ou partie finançable du fonds, qui correspond à une somme d'argent indéterminée ».

(2) NAST, note D. 1925. 2. 148 - CHAUVEAU, note D. 1934. 2. 133.

(3) Traité pratique de droit civil de PLANIOL et RIPERT, par NAST, t. IX, p. 862.

Au contraire, le fonds de pharmacie peut être cédé librement et exploité sans la nécessité d'une intervention gouvernementale, sauf l'observation des formalités d'inscription à l'Ordre et d'enregistrement de la déclaration d'exploitation.

VIGNANCOUR (1) faisait remarquer que l'obligation de respecter certaines exigences particulières quant à la transmission de ces fonds ne devait pas être davantage un obstacle à leur entrée en communauté que ne l'était l'incessibilité partielle des salaires des époux, salaires dont bénéficiait, pour leur totalité, le patrimoine commun. Enfin, un argument de texte (2) était souvent tiré des dispositions autorisant la veuve conjointement aux héritiers d'un pharmacien décédé, à continuer l'exploitation de l'officine pendant un délai d'une année à compter du jour du décès, dispositions qui paraissaient impliquer, disait-on, le fait que l'officine soit tombée dans l'indivision.

La Cour de Cassation devait admettre en 1935 (3) que la restriction apportée, dans l'intérêt public, par l'obligation pour l'acheteur de posséder le diplôme de pharmacien « est impuissante à modifier la nature de la chose mise en vente » ; comme tout autre fonds, l'Officine est le gage des créanciers du propriétaire du fonds, peut être donnée en nantissement, peut être saisie et mise en vente comme toute valeur mobilière », elle en conclut que l'officine « constitue un fonds qui est dans le commerce et par conséquent un meuble incorporel qui tombe dans la communauté. »

Une tentative qui devait échouer (4) fut faite pour entraîner un revirement de la jurisprudence, à la suite de la nouvelle réglementation introduite par la loi du 11 septembre 1941 : en instituant une limitation à la création des fonds de pharmacie, elle aggravait considérablement les conséquences de cette jurisprudence : si le titulaire de l'officine perd ainsi son instrument de travail à la suite d'une licitation, il n'aura

(1) VIGNANCOUR, « Le fonds de commerce dans les rapports entre époux », Thèse de doctorat en droit, Paris 1928, p. 11.

(2) Arrêté des Consuls du 25 thermidor an xi, loi du 9 févr. 1916, puis art. 28 de la loi du 11 sept. 1941.

(3) Req. 27 nov. 1935, D. H. 1936. 17; S. 1936. I. 16, commentaire par G. LAGARDE, Rev. trim. dr. civ. 1936 p. 170.

(4) Trib. civ. Seine 1^{er} juin 1946, Gaz. Pal. 1946. 2. 20 - Trib. civ. Aix 22 janv. 1947, J.C.P. 1947. II. 3876 - Rennes 1^{er} déc. 1947, J.C.P. 1948. IV. éd. 39 et 40 - Trib. civ. Bordeaux 17 juil. 1950, Gaz. Pal. 1950. 2. 254; D. 1951. som. 63 - Caen 30 janv. 1951, Doc. pharm. jur. n° 538, confirmant Trib. civ. Morlaix 15 juil. 1950. - Voir aussi Cours de droit civil de BEUDANT 2^{me} éd., par BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, t. X. Le contrat de mariage par LENOAN, 263 : « La jurisprudence ne fait aucune distinction entre un fonds de commerce et sa valeur vénale, alors même qu'il s'agirait d'une officine d'herboriste ou de pharmacien ne pouvant être gérée que par un titulaire diplômé ».

souvent plus la possibilité de se réinstaller dans la même région, puis-qu'il ne pourra plus créer librement une autre officine, et ne possédera peut être pas les disponibilités monétaires nécessaires à l'achat d'un fonds.

Devant cette conclusion choquante et injuste, le doyen POPLAWSKI (1) proposait d'en recourir à une intervention législative pour assimiler officine de pharmacie et office ministériel « tout au moins dans la mesure où cette assimilation permet de ne faire tomber l'officine dans la communauté que pour ce qu'on appelle la finance, c'est-à-dire pour sa valeur pécuniaire. En réglementant la répartition, et le transfert des officines, la licence délivrée par le préfet, le tarif obligatoire, la limitation des produits et objets de vente, enfin en instituant un Ordre national des pharmaciens doté de juridictions disciplinaires, le législateur, depuis 1941, a fait de l'exploitation d'une officine pharmaceutique « une véritable fonction sociale, exercée dans l'intérêt de la Santé Publique. « Désormais, « l'officine pharmaceutique occupe une place intermédiaire entre le fonds de commerce ordinaire et l'office ministériel », elle a « en quelque sorte une nature mixte tenant à la fois de l'un et de l'autre, ce qui permettrait de lui appliquer une réglementation juridique particulière, en la traitant tantôt comme un fonds de commerce, tantôt comme un office ministériel, selon ce qu'exigent l'équité et l'intérêt public. »

En l'absence de telles dispositions législatives, l'officine reste un fonds de commerce et par conséquent un bien mobilier incorporel. Des conditions particulières sont exigées pour la validité de sa création ou de sa cession mais dans la limite du respect de ces dispositions législatives ou réglementaires, les conventions entre particuliers demeurent soumises au droit commun.

Une solution identique avait été adoptée en 1922 par la Cour de Cassation (2) qui reconnaissait qu'un fonds d'herboristerie tombait dans la communauté. Le problème se présente d'ailleurs de façon différente dans le cas des fonds d'herboristerie pour lesquels un arrêt récent (3) de la Cour de Paris vient de préciser que la législation des fonds d'officine ne saurait leur être appliquée dans sa totalité sous prétexte que l'article L 659 dispose en son dernier alinéa, « que les herboristes diplômés sont astreints, dans l'exercice de leur profession, aux mêmes règles que celles qui régissent les pharmaciens pour la vente des produits qui les concernent », alors que ce texte renvoie, de toute évidence, non aux règles générales de l'exercice de la profession de pharmacien d'officine, mais seulement au titre V dudit code qui « fixe « les règles commerciales » de la pharmacie au détail » (4).

(1) POPLAWSKI, Traité de droit pharmaceutique, p. 368.

(2) Req. 8 nov. 1922, D. 1924. 1. 186; S. 1924. 1. 313, note PERREAU.

(3) Paris 30 nov. 1962, D. 1963. Som. 34.

(4) Les juges croient pouvoir en déduire en particulier la conséquence qu'« aucune

(suite page suivante)

2. La date d'entrée du fonds d'officine dans le patrimoine de son propriétaire :

Un fonds d'officine peut entrer dans le patrimoine de son propriétaire soit par le moyen d'une acquisition à titre onéreux ou gratuit (achat, échange, succession, legs, donation...), soit encore par le moyen d'une création. Si ladite d'une telle entrée peut difficilement prêter lieu à discussion dans le cas des premiers modes envisagés, elle appelle en revanche quelques commentaires lorsqu'il s'agit d'une *création*.

Il est important de définir à quel moment le fonds est considéré comme créé, sa date de naissance permettant seule si nous prenons l'exemple d'un régime de communauté réduite aux acquêts de déterminer s'il est propre ou s'il dépend du patrimoine commun aux deux époux.

Doctrine et jurisprudence considèrent, nous l'avons vu, que la clientèle constitue l'élément essentiel du fonds et que par conséquent le fonds ne peut être considéré comme existant avant d'avoir acquis une clientèle (1) ; ainsi le fait pour un pharmacien d'avoir acheté un local, de l'avoir pourvu d'un stock et d'un matériel approprié et d'avoir obtenu une licence d'exploitation ne suffirait pas à justifier de l'existence du fonds, avant tout commencement d'exploitation.

La difficulté commence lorsqu'on cherche à définir à quel moment on peut admettre qu'existe l'élément clientèle. Pour certains magistrats (2) et une partie de la doctrine (3), le fonds serait créé dès qu'existerait un « achalandage » c'est-à-dire la possibilité de recevoir la clientèle ; pour quelques auteurs, il suffirait qu'un premier acheteur ait été servi (4). Mais une partie de la jurisprudence exige plus encore : la preuve de l'existence d'un véritable courant de clientèle ; dans une affaire qui s'est présentée à elle à propos d'un fonds de boulangerie, la Cour de Bordeaux (5) a estimé que, bien que le local ait été pris à bail avant le mariage et le matériel acquis dans le même temps, et

disposition de cette loi non plus que d'aucune autre, n'impose aux herboristes actuellement titulaires d'un diplôme, qui ne sera plus délivré à l'avenir, autorisés à poursuivre l'exercice de leur commerce leur vie durant, l'obligation faite aux pharmaciens d'être tout à la fois propriétaires et gérants de leurs officines et leur interdisant par conséquent de s'associer avec des non-diplômés ».

(1) BUISSON : « Le statut légal du fonds de commerce, p. 10 - Voir aussi : Req. 6 janv. 1934, S. 1935. I. 12 - C.E. 12 nov. 1943, Gaz. Pal. 10 déc. 1943 - Marseille 23 mai 1952, J. C. P. 1953. II. 7777.

(2) Metz 21 mai 1953, Annales des Loyers 1954, 248 - Trib. civ. Marseille 11 mars 1957, Annales des Loyers 1957, 496.

(3) HEMARD, J. C. P. 1949. II. 4706, et 1950. II. 5337 - MARTIN et MAUSS, Manuel des Baux commerciaux, 3^e éd. n° 123.

(4) BERAUD, J. C. P. 1953. II. 7777 - JAUFFRET, Rev. trim. dr. com. 1950, p. 206.

(5) Bordeaux 8 juin 1953, J. C. P. 1954. II. 8118, note COHEN.

bien que l'exploitation ait commencé deux mois avant le jour de la célébration du mariage, l'intéressé n'avait pas été en mesure pendant ce laps de temps de constituer une partie suffisamment importante de sa clientèle et que le fonds se trouvait des lors commun. Ni l'inscription au rôle de la patente, ni l'immatriculation au registre du commerce (1) ne peuvent prouver un commencement d'exploitation, et il est toujours extrêmement difficile de déterminer dans la pratique si tous les éléments constitutifs du fonds se trouvent réunis, et en particulier de constater l'existence d'une clientèle.

Dans le cas d'une officine, l'obtention d'une licence d'exploitation de même que l'enregistrement de la déclaration d'exploitation ne nous semblent pas davantage susceptibles de fournir la preuve d'un commencement d'exploitation puisque précisément ils doivent être préalables à tout commencement d'exploitation.

3. La propriété de l'officine sous les régimes séparatistes :

Sous les régimes séparatistes, l'officine appartient soit à l'un des deux patrimoines propres, soit aux deux à la fois ; les problèmes relatifs à l'indivision et aux sociétés entre époux que soulève cette seconde possibilité seront traités ultérieurement.

Mais les régimes séparatistes peuvent être assortis de nombreuses clauses : clause créant un patrimoine commun limité à tel bien particulier (ce qui peut être prévu notamment dans le cas d'une officine exploitée par le conjoint diplômé avec l'aide subordonnée de son époux non diplômé afin de faire participer ce dernier à l'essor de l'entreprise commune), clause instituant une société d'acquêts dans un régime de séparation de biens ou dans un régime dotal, etc. Il n'y a pas lieu de s'étendre sur ces diverses possibilités : les biens figurant à l'actif d'un patrimoine commun posent d'une manière générale des problèmes identiques à ceux que soulève le patrimoine commun des régimes communautaires.

(1) L'immatriculation doit être demandée dans les deux mois de la date à laquelle le fonds a commencé à être le siège d'une activité commerciale (Décret du 25 déc. 1953, art. 5) et la requête doit comporter indication de la date du commencement d'exploitation (Décret du 6 janv. 1954, art. 1^{er}) ; de plus, la loi du 1^{er} sept. 1948 exige que soit produit un certificat du maire à l'appui de la demande d'immatriculation. Mais ce certificat a pour seul rôle de permettre de s'assurer que le requérant ne s'est pas installé dans un local antérieurement destiné à l'habitation et se trouve délivré, en pratique, sans vérification aucune ; de la sorte, le commerçant peut avoir fait une déclaration inexacte, et le greffier qui se contente de vérifications sommaires, ne s'en apercevra certainement pas. Il est donc impossible de considérer que cette immatriculation puisse entraîner la preuve d'un commencement d'exploitation.

Seules seront donc envisagées ici les difficultés soulevées par le *cas d'une officine appartenant à un patrimoine propre*. De telles difficultés se rencontreront lorsque l'*époux titulaire qui exploite le fonds n'est pas celui qui a fourni les deniers nécessaires à son acquisition*.

Cette hypothèse peut se produire en de multiples circonstances, et en particulier afin de frustrer les créanciers ou les héritiers réservataires de l'époux qui apporte les capitaux, mais elle trouve ici une application particulière par le fait que le conjoint qui dispose des deniers nécessaires à l'acquisition d'une officine peut ne pas être celui qui possède le diplôme de pharmacien.

Une jurisprudence déjà ancienne considère que, en tout état de cause, le fonds appartient à l'époux diplômé qui l'exploite et refuse au conjoint séparé de biens de se prévaloir de la propriété de ce fonds, en particulier lors d'une saisie par un créancier de l'époux exploitant (1).

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'Alger du 19 février 1875 (2) refuse à une épouse non diplômée qui avait reçu en dot une pharmacie,

(1) Paris 17 févr. 1891, S. 1894. 2. 52 : « Considérant... que Brunaud exploite une pharmacie...; que son enseigne, sa patente, l'insertion sur la liste prescrite par la loi du 21 germinal an XI, le désignent, ainsi que son diplôme, à l'administration et au public comme le titulaire de ladite pharmacie; qu'à l'encontre de Barbox, ès-qualités créancier saisissant, la dame Brunaud soutient qu'elle serait en réalité propriétaire de l'officine comme l'ayant achetée en 1876 de ses propres deniers,... considérant que la dame Brunaud ne saurait être admise à prétendre en justice, à l'appui de sa demande en revendication, qu'elle exploitait une pharmacie sous le nom de son mari; qu'en effet, le propriétaire d'une pharmacie doit être muni d'un diplôme, que dès lors le droit de propriété qu'invoque la dame Brunaud aurait pour base un acte que réprime la loi pénale »

- Trib. civ. Seine 20 août 1868, rapporté en note sous l'arrêt précédent : « Attendu que, pour justifier sa revendication, la femme Meynet soutient qu'après sa séparation de biens, elle a acheté de ses deniers le mobilier et les marchandises fournissant le fonds de pharmacie qui lui appartient, et que son mari ne fait que gérer pour son compte, qu'elle est locataire des lieux où s'exploite ledit fonds, et que les loyers ont été acquittés de ses deniers, mais attendu qu'aux termes de la loi du 21 germinal an XI et de l'arrêt du 25 therm. de la même année, celui-là seul qui a obtenu un diplôme de pharmacien a le droit d'ouvrir une pharmacie et de préparer des produits pharmaceutiques... attendu dès lors que, quelles que soient les avances faites par la femme Meynet, le fonds ouvert rue d'Amsterdam appartient à Meynet, ainsi que le mobilier et les marchandises qui le garnissent; que la saisie est donc régulière et que la revendication de la femme Meynet ne peut pas être admise ».

- Paris 25 mars 1858, D. 1858, 2. 75.

(2) Alger 19 févr. 1875, S. 1875. 2. 232 : « Attendu que par contrat de mariage... le sieur B... a constitué en dot à sa fille, en vue du mariage de celle-ci avec le sieur Bonenfant, pourvu du diplôme de pharmacien, divers objets mobiliers, et notamment un matériel de pharmacie... que le même contrat de mariage avait stipulé entre les époux la séparation de biens conventionnelle,... attendu que, depuis le mariage, les objets qui ont constitué l'apport matrimonial de la dame Bonenfant ont été saisis par un créancier de son mari et qu'ils sont revendiqués par la dame Bonenfant; qu'il résulte que, dans un intérêt d'ordre public et de dignité professionnelle, le législateur n'a pas voulu que le pharmacien pût se placer dans la dépendance d'une personne étrangère à son art, ce qui arriverait infailliblement s'il exploitait une officine dont il ne serait

(suite page suivante)

de se prévaloir, à l'encontre d'un créancier de son conjoint pharmacien de sa qualité de propriétaire, et lui reconnaît seulement le bénéfice d'une action de in rem verso.

Cette jurisprudence concerne exclusivement, nous venons de le voir, la revendication de la propriété d'un fonds à l'encontre des créanciers du conjoint prête-nom. Le tiers de bonne foi qui s'est trouvé en relations avec le pharmacien titulaire de l'officine, tiers qui ne pouvait avoir connaissance du fait que l'épouse séparée de biens de ce dernier avait fourni les deniers qui avaient permis l'acquisition du fonds, mérite certainement les mesures de protection que lui reconnaissent les décisions judiciaires que nous avons citées. Mais, nous pensons qu'à l'égard d'un créancier du conjoint non diplômé qui a fourni les deniers, il serait inadmissible que la fraude des époux constitutive du prête-nom puisse leur servir à se soustraire à leurs obligations ; si un tel créancier pouvait apporter la preuve de l'origine des deniers, il conviendrait, dans les mêmes conditions, de lui permettre d'étendre ses poursuites au fonds de pharmacie, qui pourrait alors être licite.

Mais un problème plus délicat se pose en ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux eux-mêmes : quelle solution allons-nous admettre si c'est à l'encontre du conjoint prête-nom lui-même ou de ses ayants-droit que l'époux qui a fourni les deniers nécessaires à l'acquisition de l'officine, ou ses héritiers réservataires, réussissant à apporter la preuve de l'origine des sommes d'argent engagées, réclament la propriété du fonds, ce dernier représentant l'objet d'une donation déguisée ?

Le problème s'avère ici plus complexe qu'il ne l'est en droit commun, du fait de l'existence de dispositions législatives particulières à l'acquisition des fonds de pharmacie.

pas propriétaire... que Labatut fait remarquer que la propriété d'une pharmacie, attribuée à la dame Bonenfant par le contrat de mariage de celle-ci, est contraire aux lois sus-rappelées, qu'ainsi les stipulations de ce contrat doivent être, quant à ce, considérées comme nulles et non avenues,... attendu que... nul n'est recevable à se prévaloir d'un délit,... que pour repousser la demande de la dame Bonenfant, il suffit de constater qu'elle est irrecevable et dénuée de fondement légal, sans avoir à attribuer pour cela au sieur Bonenfant la propriété de la pharmacie, que si, en fait, la dame Bonenfant a transmis à son mari le matériel de la pharmacie elle aura contre lui, de ce chef, le principe d'une action de in rem verso, mais qu'elle ne saurait réclamer la propriété corporelle d'objets que la loi lui interdit de posséder... ». Pour G. DELCROIX (Propriété et gérance d'une officine de pharmacie, p. 19), « la Cour d'Alger semble avoir créé en l'occurrence une présomption juris et de jure puisqu'elle n'admet pas qu'elle puisse être détruite par les énonciations d'un contrat, fut-il même passé dans la forme requise pour les conventions matrimoniales. Cette décision peut paraître d'une rigueur excessive. Et cependant, l'application en l'espèce de la règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance d'une officine de pharmacie ne permettait pas d'autre solution. En effet, il importe en toutes circonstances d'assurer au pharmacien son entière liberté ; il doit être maître et seigneur en sa pharmacie. Il ne saurait être en quoi que ce soit tributaire d'une autre personne, celle-ci fut-elle sa femme, ce qui serait en quelque sorte le cas s'il n'avait pas la propriété du mobilier de son officine ».

L'article 24 de la loi du 11 septembre 1941 prenait soin de préciser qu'« aucune convention relative à la propriété d'une officine n'est valable si elle n'a été constatée par écrit », disposition reprise à l'alinéa 1^{er} de l'article 576 du Code de la Santé publique, qui précise encore : « une copie de la convention doit être déposée au Conseil Régional de l'Ordre des Pharmaciens et au siège de l'Inspection divisionnaire de la Santé ». Et l'on s'accorde à admettre que le but de cette disposition législative n'est pas d'appliquer simplement à l'officine de pharmacie une disposition plus générale de la loi du 29 juin 1935 qui rendait nécessaire, pour toute cession de fonds de commerce, la rédaction d'un écrit, ceci ayant le double avantage de permettre la mise en jeu éventuelle du privilège du vendeur et la preuve des déclarations du cédant concernant l'état et la valeur réelle du fonds cédé ; au contraire, l'article 576 entend faire des contrats constatant les cessions d'officines des actes solennels (1) qui n'ont d'existence juridique qu'à la condition d'être passés dans une forme déterminée, ceci afin que le titre de propriété ne puisse prêter à aucune équivoque et afin de permettre également de déceler les fraudes à la règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance de l'officine : en effet, le diplômé doit remettre copie de cette convention au moment où il demande l'enregistrement de sa déclaration d'exploitation. Le conjoint diplômé sera donc ainsi dans l'obligation de prouver qu'il possède bien personnellement, et non par l'intermédiaire de son conjoint séparé de biens, la qualité de propriétaire de l'officine qu'il prétend exploiter.

Tous les éléments du fonds doivent lui appartenir, et son conjoint ne pourrait, en particulier, être propriétaire du matériel qu'il aurait pu acquérir en vertu d'une stipulation de quelque type que ce soit ; ainsi, dans une affaire soumise à la Cour de Rouen (2), une convention aux termes de laquelle le pharmacien cédait « tout son matériel en excluant la clientèle, l'achalandage, le fonds de commerce, les livres d'ordonnances, le Codex et les marchandises », convention présentée comme une simple vente de meubles, fut déclarée nulle, attendu que « la vente d'une pharmacie consentie à une personne non munie du diplôme de pharmacien, même si elle est dissimulée sous les apparences d'une vente de matériel, est nulle comme contraire à l'ordre public ». Dans une décision plus récente du Tribunal de Commerce du Havre (3), qui concernait une espèce analogue, il était pris soin de préciser que « si les parties, dans le but d'éluder les prohibitions de la loi, ont déguisé la vente sous la forme d'une cession d'objets mobiliers, les tribunaux doivent non pas s'arrêter aux termes des actes, mais restituer au contrat sa véritable qualification ». Faut-il alors seulement reconnaître

(1) POPLAWSKI, Traité de droit pharmaceutique, p. 282, n° 432; DELCROIX, Propriété et gérance d'une officine de pharmacie, p. 37, n° 54.

(2) Rouen 24 déc. 1901, S. 1904, 2. 237.

(3) Trib. com. Le Havre, 23 févr. 1916, la Loi, 25 mai 1916.

au conjoint non diplômé qui aurait acquis de ses deniers une partie des éléments du fonds par une contre-lettre ou toute autre stipulation déclarée nulle, un droit à une indemnisation, nul ne devant s'enrichir aux dépens d'autrui ? Dans une espèce où la Cour de Paris (1) avait admis, au moins implicitement, la nullité d'une convention concernant une officine, les mêmes juges ont pensé que le matériel, les matières premières et le droit au bail pouvaient être considérés comme étant dans le commerce, pour prononcer la restitution de ces objets dans le but d'éviter un enrichissement sans cause.

Le conjoint qui a fourni les deniers qui ont permis l'acquisition d'un fonds dans sa totalité a-t-il droit simplement à une indemnité représentant le montant des dépenses engagées, ou bien peut-il se faire reconnaître la propriété de l'officine acquise au nom de son conjoint ?

En droit commun, la question a été tranchée par un arrêt rendu par la Cour de Cassation le 30 mai 1951 (2) : s'il peut être donné la preuve de l'origine des deniers, la propriété d'un bien est reconnue appartenir à l'époux qui a fourni les sommes d'argent nécessaires à l'acquisition de ce bien : « Attendu . . . qu'en réalité les donations ont eu pour objet les immeubles achetés et non leur prix » ; que « l'argent déboursé n'a été que le moyen » ; que ce que l'on voulait donner c'était le bien dont « l'argent allait permettre l'acquisition ... ».

La preuve de la simulation peut être apportée par tous les moyens : « lorsque la donation forme un tout indivisible avec l'acte destiné, dans la commune intention des parties à le déguiser, celui-ci est également frappé de nullité dans les rapports entre époux » (3).

Or, il semble difficile d'admettre que des dispositions qui ont pour rôle de faire appliquer le principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance des officines, exigence professionnelle par excellence, puissent faire échec aux principes qui régissent la propriété selon le droit civil.

Et cependant un certain nombre de considérations vont nous conduire à admettre la solution contraire, c'est-à-dire l'impossibilité pour le conjoint du diplômé de réclamer la propriété du fonds d'officine dont il a permis l'acquisition grâce à l'apport de ses deniers propres et le seul bénéfice d'une indemnisation pécuniaire.

En effet, outre le caractère immoral que pourrait avoir la revendication d'un époux qui s'est rendu complice d'une opération de prête-nom, nous savons que l'alinéa 2 de l'article 576 du Code de la Santé

(1) Paris 19 févr. 1869, D. 1871. 2. 81., sur conclusions du substitut HEMAR.

(2) Civ. 30 mai 1951, D. 1951. J. 617, note LENOAN.

(3) Civ. 30 avr. 1941, D. C. 1942, 6, note M. N.; J. C. P. 1941. II. 1727, note VOIRIN.

publique, en déclarant « nulle et de nul effet toute stipulation destinée à établir que la propriété ou la copropriété d'une officine appartient à une personne non diplômée », refuse à toute personne non pourvue du diplôme de pharmacien le droit d'acquérir, par quelque mode que ce soit, la propriété d'une pharmacie ; et si l'article 580 du même Code autorise les ayants-droit d'un pharmacien décédé à recevoir la propriété d'une officine qu'ils pourront exploiter pendant le délai d'un an qui suit le décès de leur auteur, bien qu'étant dépourvus du diplôme de pharmacien, cette exception au principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance d'une officine de pharmacie doit recevoir une interprétation stricte. En particulier, contrairement à l'opinion émise par POPLAWSKI (1), opinion selon laquelle « il en serait ... de même pour un créancier non diplômé auquel son débiteur pharmacien abandonne ses biens, et notamment son officine, en paiement de ses dettes », une interprétation stricte de ce principe est donnée, à juste titre, pensons-nous, par DELCROIX (2) qui en déduit que le pharmacien insolvable ne peut faire abandon de ses biens et transférer la propriété de son officine à son créancier non diplômé « qui ne pourrait donc pas la gérer personnellement pendant le temps qui lui sera nécessaire pour trouver un acquéreur diplômé à qui il pourrait la rétrocéder ». Le conjoint non diplômé qui obtiendrait à son profit le transfert de la propriété de l'officine se trouverait bien, de la même façon, dans l'impossibilité de maintenir l'officine ouverte, en l'absence de textes l'y autorisant.

Bien plus, la validité de la cession de l'officine par le conjoint non diplômé à un pharmacien nous semble fort douteuse, par le fait que ce conjoint ne saurait être admis au bénéfice des dispositions spéciales qui concernent l'époux survivant devenu copropriétaire par suite du décès du titulaire de l'officine ou les héritiers de ce dernier, législation d'exception dont l'interprétation est, rappelons-le, restrictive. Le paragraphe précédent nous a conduits à admettre que le conjoint non diplômé ne peut valablement acquérir la propriété de l'officine, nous devons ajouter qu'il ne peut, en conséquence, céder valablement des droits auxquels il ne peut prétendre : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam quod ipse habet*.

Pourtant, quelques décisions ont estimé préférable d'admettre la validité d'une vente opérée par un non diplômé, cet acte faisant cesser une situation illégale qui était contraire à l'intérêt général : c'est en ce sens que se sont prononcés des arrêts déjà anciens de la Cour d'Alger (3) et du Tribunal de Commerce de la Seine (4), puis plus récemment une décision de la Cour de Paris du 22 octobre 1947 (5)

(1) POPLAWSKI, Traité de droit pharmaceutique, p. 291, n° 446.

(2) DELCROIX, Propriété et gérance d'une officine de pharmacie, p. 46.

(3) Alger 24 mars 1879, D. 1882. 2. 111.

(4) Trib. com. Seine 6 avr. 1905, La Loi, 9 mai 1905.

(5) Paris 22 oct. 1947, S. 1948. 2. 47.

qui tient à préciser : « Il serait singulier de tenir pour critiquable et contraire à l'ordre public la vente qui a été réalisée en l'espèce alors qu'elle a permis de transférer la propriété de l'officine dont il s'agit à un pharmacien diplômé sans anéantir la valeur du fonds de commerce envisagé ». Si quelques auteurs ont apporté leur adhésion à une telle solution (1), nous pensons préférable de nous ranger à l'opinion exprimée par DELCROIX (2) qui critique une « solution qui paraît s'inspirer beaucoup plus de considérations d'opportunité que de motifs de droit et qui non seulement paraît rendre licite la situation délictueuse créée par le non diplômé mais encore lui permet de retirer tous les bénéfices escomptés par lui en perpétrant son infraction » ; car cette irrégularité est « non seulement la violation manifeste de la règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance d'une officine de pharmacie, mais encore une infraction pénale ».

DELCROIX, poursuivant son analyse de la vente d'une pharmacie par un non diplômé, montre que l'intérêt général, qui est de maintenir ouverte une officine où les malades puissent continuer à s'approvisionner, peut être sauvegardé, en fait comme en droit, « par les dispositions du Code de la Santé publique sans léser pour autant en quoi que ce soit les intérêts du pharmacien qui veut reprendre l'officine qui, jusqu'à présent, était exploitée illégalement ». « En effet, le non diplômé qui était propriétaire de la pharmacie qu'il exploite contrairement aux dispositions légales commet le délit d'exercice illégal de la pharmacie prévu et puni par les articles 517 et 518 du Code de la Santé publique. Il importe donc de saisir la juridiction répressive de cette infraction. Le préfet pourra alors, en application de l'article 519 du même code, ordonner la fermeture de l'officine et priver ainsi le délinquant non diplômé du profit qu'il pouvait espérer d'une rétrocession éventuelle de l'officine dont il se prétend à tort propriétaire. Ainsi, il peut être mis immédiatement fin à la situation délictueuse ». En ce qui concerne le pharmacien qui envisageait l'achat de cette officine « si en application des dispositions des articles 571 et 572 du Code de la Santé publique une création reste possible dans la localité où ladite pharmacie a été fermée, il pourra toujours solliciter et obtenir de la préfecture la licence qui lui est nécessaire à cet effet. En procédant à une création, il fera l'économie du prix de cession d'une clientèle qu'il ne tardera pas à s'attacher par son travail et sa valeur professionnelle »... « Le non diplômé, qui verrait ainsi son officine fermée par

(1) RENARD, Droit de la profession pharmaceutique, 1924, p. 77 - TERCINET, l'Evolution pharmaceutique, sept. 1948 : « L'intérêt général exige que l'officine passe le plus tôt possible et le plus facilement possible aux mains d'un pharmacien régulier. Tout contrat dont l'effet sera de transmettre à un pharmacien une officine possédée par un propriétaire sans diplôme étant conforme au vœu de la loi sur la police de la pharmacie doit être validé. Sera donc valable toute vente d'une officine à un pharmacien diplômé par un propriétaire l'ayant achetée sans avoir les titres nécessaires pour l'exploiter. »

(2) DELCROIX, Propriété et gérance d'une officine de pharmacie, p. 48.

décision administrative, garderait seulement la possibilité de céder son droit au bail, son matériel. Il percevrait ainsi une certaine indemnité qui resterait sensiblement inférieure au prix qu'il aurait pu retirer s'il avait pu céder valablement l'officine ».

La thèse soutenue par DELCROIX a l'avantage, dit l'auteur lui-même, de répondre aux « résistances manifestées par les Conseils de l'Ordre des pharmaciens qui répugnent à admettre la validité d'une cession d'officine consentie irrégulièrement par un non diplômé à un pharmacien. D'ailleurs l'un d'eux (1)... a ordonné la fermeture d'une officine par mesure disciplinaire à l'encontre d'un pharmacien pour ce motif qu'« en toute connaissance de cause, il s'est rendu acquéreur d'une officine de pharmacie n'appartenant pas à un pharmacien et que, de ce fait, il ne présente pas les garanties de moralité exigées par la loi pour exercer la profession de pharmacien ». »

4. La propriété de l'officine sous les régimes communautaires :

De nombreuses modalités de rédaction du contrat de mariage permettent, nous l'avons vu, d'instituer une masse commune de biens ; ces modalités créent donc une nouvelle catégorie de biens, les biens communs, constituant le patrimoine commun. Dès lors, va se poser le problème de savoir si tel bien considéré est propre ou commun ; le Code civil établit une présomption de communauté : sera donc réputé commun tout bien dont l'un des époux ne réussit pas à faire la preuve de son caractère propre.

Un second problème surgit, qui est lié également à l'existence d'un patrimoine commun : depuis la loi du 13 juillet 1907 (2), en effet, la femme qui exerce une profession séparée de celle de son mari a la possibilité, après avoir versé sa contribution aux charges du ménage, de constituer une masse distincte de biens communs qu'elle administre et dont elle dispose seule, ceci quel que soit son régime matrimonial : en fait, ces dispositions ne présentent un véritable intérêt que dans le cas des régimes de communauté ou des régimes séparatistes instaurant une masse commune, telle la société d'acquêts : il y a lieu alors de se demander à propos de chaque bien s'il est commun ou réservé.

(1) Il semble s'agir d'une espèce évoquée au Bulletin de la Pharmacie française 1942 (p. 146) : en fait, le préfet de police de Paris avait, sur avis des organismes professionnels pharmaceutiques consultés, refusé d'accorder la licence d'exploitation à l'acquéreur d'une officine à lui cédée par un non diplômé ; un recours formé contre cette décision fut rejeté par le Secrétaire d'Etat à la Santé.

(2) Abrogée par la loi du 22 sept. 1942 qui en a conservé les principales dispositions en les introduisant dans le Code civil aux articles 224, 225 et 1388.

Le régime nouveau proposé par le sénateur MARCILHACY (1), dont nous avons analysé brièvement les principales dispositions, a l'avantage de supprimer cette catégorie spéciale de biens, puisque les deux époux conservent des pouvoirs identiques, chacun en ce qui concerne les biens entrés en communauté de son chef.

Le caractère commun d'un fonds d'officine a paru soulever encore des difficultés tenant principalement au fait que l'un des deux époux peut se voir conférer un droit de propriété sur un fonds pharmaceutique sans être titulaire du diplôme de pharmacien ou dans le cas où les deux époux sont titulaires de ce diplôme à l'existence de deux officines dans le patrimoine. Mais ces difficultés, en relation étroite avec les problèmes liés à l'exploitation du fonds, seront examinées au cours de la deuxième partie de ce travail.

a) L'officine bien propre ou bien commun :

Le caractère propre ou commun du fonds d'officine se règle en fonction des dispositions établies par la loi si les époux se trouvent mariés sous le régime légal, ou par les parties dans le cas où elles ont pris la précaution de rédiger un contrat de mariage, sans que le caractère pharmaceutique du bien envisagé vienne introduire ici quelque conflit particulier entre l'application du droit privé et celle de la législation professionnelle. Nous ne ferons donc qu'évoquer très brièvement les principales directives qui permettront la détermination du caractère propre ou commun d'un fonds de pharmacie ; cette évocation nous a paru cependant nécessaire en raison des conséquences juridiques importantes qui résulteront d'une telle qualification et de leur retentissement tant sur la possibilité pour tel des époux d'exploiter le fonds que sur les règles de liquidation et d'attribution de celui-ci, à la dissolution du régime matrimonial.

En principe, le fonds, bien mobilier, sera toujours commun sous le régime légal, qu'il ait été possédé par l'un des époux antérieurement à la célébration du mariage ou acquis postérieurement à titre gratuit par l'un ou l'autre des époux, sauf volonté contraire exprimée par le disposant, qu'il ait été créé pendant le mariage ou acquis à titre onéreux soit par l'un des époux, soit par les deux conjointement.

(1) Sénat, n° 142.

En revanche, l'adoption d'une clause de réduction de la communauté aux acquêts exclura de la communauté (1) tant les fonds possédés par les époux au moment de leur union que ceux qui leur adviendraient par succession, legs ou donation, sauf volonté contraire exprimée par le disposant. Sera encore propre le fonds acquis à titre onéreux pendant le mariage à titre d'emploi ou de remploi de deniers propres ou à titre d'échange.

Enfin, une stipulation de propre, dite encore clause de réalisation ou d'exclusion de communauté (2), peut prévoir, dans le contrat de mariage, que le fonds acquis restera propre à l'époux acquéreur, sauf récompense à la communauté si celle-ci a fourni tout ou partie des deniers nécessaires à cette acquisition.

b) L'office bien commun ou bien réservé:

La masse des biens réservés comprend les gains et salaires de la femme, plus les acquisitions réalisées avec l'argent qu'elle a pu économiser, après avoir versé sa contribution aux charges du ménage. A la dissolution du mariage, si la femme accepte la communauté, les biens réservés sont partagés entre les époux ; si elle renonce à la communauté, la femme garde ses biens réservés.

Ces dispositions ont reçu peu d'applications dans la pratique, en raison surtout de la méfiance du milieu des affaires : la femme se heurte, en effet, à la difficulté de justifier l'origine du bien acquis en remploi de ses économies et elle n'a pas toujours pensé à se ménager les preuves nécessaires. Il existe pourtant pour elle un moyen assez simple : se faire ouvrir un compte spécial qu'elle n'alimentera qu'avec ses gains, payer ses acquisitions uniquement avec le débit de ce compte et dès qu'il y a acte d'achat ou de vente y mentionner l'origine des deniers (3).

(1) Considéré primitivement comme un propre imparfait (donc sur lequel l'époux perdait son droit de propriété pour n'acquérir qu'un droit de créance à la dissolution de la communauté) à cause du caractère fongible des marchandises qui en constituaient le principal élément, le fonds de commerce acquit peu à peu une individualité propre. Dès lors, doctrine et jurisprudence lui reconnurent les caractères d'un propre parfait ; mais cette dernière estimait encore que l'évaluation dans le contrat de mariage équivalait à la vente à la communauté, vente dont le montant était égal au prix d'estimation (Paris 11 mai 1837, Dalloz, J. G., Contrat de mariage, n° 2373), par analogie avec le cas du mobilier dotal. La Cour de Cassation devait décider le 14 mars 1877 (Req. 14 mars 1877, S. 1878. 1. 5.) que l'estimation d'un fonds de commerce n'en valait vente à la communauté que si l'intention des époux était prouvée être telle.

(2) Le terme de « réalisation » vient du qualificatif « réel » qui s'employait spécialement à propos des immeubles : « réaliser » un meuble veut dire l'assimiler à un immeuble, en faire donc un bien propre, la communauté n'en conservant que la jouissance.

(3) Pour pallier cet inconvénient, le projet de réforme du Code civil, posait le principe d'une présomption très importante : la preuve par la femme de l'exercice d'une profession séparée emporte à l'égard des tiers présomption du caractère réservé des biens ; mais à la dissolution de la communauté, les biens réservés sont obligatoirement compris dans l'actif à partager.

Il sera, en fait, assez rare qu'une femme puisse posséder une pharmacie réservée dans des conditions telles que les deniers réservés employés par elle à l'acquisition ou à la création de cette exploitation proviennent exclusivement des économies réalisées, après contribution aux charges du ménage, sur les salaires ou traitements ayant rémunéré une activité préalable séparée de celle de son mari. Le plus souvent des difficultés s'élèveront par le fait que la femme n'aura pu réunir les sommes nécessaires qu'en conservant les bénéfices de l'exploitation effectuée par elle d'un fonds propre ou commun, ou bien par le moyen d'un emprunt fait soit au patrimoine commun, soit au mari, soit à un tiers (1).

Lorsqu'en effet la femme exploite un fonds propre ou commun, comment faire la part des produits du travail de la femme qui sont biens réservés et des revenus du fonds qui doivent revenir à la communauté ? RIPERT (2) propose de faire une ventilation de ces bénéfices. Mais alors comment réaliser cette ventilation ? Certains ont pensé obliger la femme à verser à la communauté l'intérêt commercial sur le capital correspondant à la valeur du fonds, d'autres estiment qu'une société de fait se trouve constituée entre la femme et la communauté, les bénéfices devant se répartir en proportion des apports. Mais pour éviter les règlements pendant le mariage, qui peuvent être sources de difficultés entre les époux, un certain nombre d'auteurs ont proposé de laisser la totalité des bénéfices entre les mains de la femme, à charge de récompense au moment de la dissolution du régime matrimonial seulement, correspondant à la rémunération du capital engagé par la communauté, par application de la théorie générale des récompenses. C'est en ce sens que semble s'être prononcée la Cour de Lyon (3), solution qui nous semble parfaitement équitable.

La majorité de la doctrine cependant (4) considère comme biens réservés la totalité des bénéfices commerciaux : « la loi ne règle aucune question de récompenses entre les époux. D'autre part, l'article 1395 du Code civil sur l'immutabilité des conventions matrimoniales n'interdit que les conventions irrévocables et il est indéniable que le mari peut, lorsqu'il le veut, reprendre les sommes qu'il a laissées à la disposition de sa femme. Devrait-on d'ailleurs admettre qu'il existe une atteinte au principe posé par l'article 1395 du Code civil, cette dérogation ne serait qu'une conséquence de la législation sur les biens réservés », écrit M. le doyen WEILL. Le danger de fraude à

(1) M^e BOUVIER, « Le fonds de commerce dans ses rapports avec le droit familial » rapport présenté au 60^e Congrès des Notaires de France, à Strasbourg, mai 1962 - M^e DEPREZ, « La profession séparée de la femme mariée », rapport présenté au 56^e Congrès des Notaires de France à Vichy, juin 1958.

(2) RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial, p. 256, n. 490.

(3) Lyon 3 janv. 1934, journal des Notaires 1936, p. 407.

(4) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil, tome IX, n. 1325 et 1333 - WEILL, J. C. doct, fasc. xxxi, n. 152 - LALOU, notes D. P. 1913, 2, 18 et 1915. 2. 41.

l'égard des créanciers du mari est bien faible puisque ceux-ci auront action sur les biens réservés de la femme si les dettes ont été contractées dans l'intérêt du ménage, et sur le fonds commun ou propre au mari s'il en est autrement. Mais un tel système aboutit à une injustice flagrante : le mari conserve l'entière responsabilité sur ses biens personnels des dettes contractées par sa femme dans l'exploitation d'un fonds commun . . . ou qui lui est propre, alors qu'il n'en perçoit aucun revenu ! Et la femme peut aisément, à la dissolution du régime matrimonial, conserver par le moyen d'une renonciation à la communauté tous les biens réservés qu'elle aura ainsi constitués ! Un arrêt de la Cour de Paris (1) a préféré la solution contraire : « La femme doit faire entrer les bénéfices dans la communauté lorsqu'elle exploite un fonds commun ».

Il reste le second problème que nous avons signalé : l'emprunt fait par la femme soit de deniers communs, soit de deniers empruntés à son mari ou à un tiers.

Il ne semble pas qu'il existe encore de décisions qui concernent la nature d'un fonds acquis grâce à la contribution de deniers communs ; la doctrine est partagée, estimant soit que la nature du fonds sera fonction des proportions respectives des deniers réservés ou communs utilisés pour son acquisition (2), soit que le fonds sera toujours commun, au motif que la législation des biens réservés étant dérogaire au droit commun doit être interprétée restrictivement (3), soit encore que la solution doit être la même que celle que l'on admet lorsque la femme emprunte les sommes nécessaires à un tiers.

Dans ce dernier cas, un jugement du tribunal de Caen (4) décide que le fonds est toujours réservé, puisque les sommes empruntées seront remboursées grâce aux bénéfices de l'exploitation qui sont réservés.

Mais le problème est plus délicat lorsque le prêt est accordé par le mari. Et si la Cour de Douai (5) a pu estimer que le fonds était toujours commun pour le motif qu'il ne provient pas exclusivement des gains réalisés par la femme, la législation des biens réservés devant recevoir une application restrictive, la Cour de Rouen (6) considère, au contraire, que le caractère commun ou réservé doit être fonction de l'importance respective des sommes utilisées.

(1) Paris, 16 déc. 1933, Rép. gén. Not. 1935, p. 49,

(2) WEILL, Rép. droit civ. 1951, biens réservés, n. 71.

(3) RIOU, thèse Paris, « Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux », p. 62.

(4) Trib. civ. Caen 7 juil. 1943, J. C. P. 1944. II. 2524, note VOIRIN.

(5) Douai 1^{er} avr. 1912, D. P. 1913, note LALOU.

(6) Rouen 21 juil. 1914, D. P. 1915. 2. 41.

5. Sociétés et indivision entre époux pour l'exploitation d'une officine.

Deux époux peuvent souhaiter, plutôt que d'être titulaire chacun d'une officine propre, associer leurs capitaux, soit en acquérant chacun une part dans la même société exploitant une officine, soit en acquérant chacun une part de copropriété de la même officine. Nous voulons examiner très rapidement si ces solutions sont possibles et à quelles conditions elles le sont.

a) Sociétés :

Il est nécessaire d'évoquer très brièvement le problème des sociétés commerciales entre époux, avant de voir les particularités prenant leur source dans le droit pharmaceutique.

Jusqu'en 1942, bien qu'aucun texte ne vise ce problème, la jurisprudence annulait, de manière générale, les sociétés de personnes (1) où figuraient deux époux. La raison principale, qui était alors invoquée, résidait dans la stricte observance du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (2) : sous un régime séparatiste, la création d'une société pouvait permettre en quelque sorte la création d'un patrimoine commun ; sous un régime communautaire, les règles du contrat de société pouvaient se substituer aux règles qui régissent la communauté conjugale, notamment en ce qui concerne son administration et la responsabilité de la femme. La seconde raison invoquée faisait état de l'obligation légale du respect de la puissance maritale (3) : les droits reconnus à la femme associée sont peu compatibles avec la position subordonnée que lui donnait le mariage. Un troisième argument était tiré de l'ancien article 5 du Code de commerce : la femme ne peut avoir la qualité de commerçante que si elle exerce un commerce séparé de celui de son mari, elle ne peut donc être réputée commerçante si elle participe à la même exploitation que lui, ce qui serait le cas par exemple si tous deux faisaient partie d'une même société commerciale en nom collectif. On invoquait également l'interdiction des donations déguisées (4) entre époux et la prohibi-

(1) C'est-à-dire les sociétés civiles, sociétés en nom collectif et en commandite simple, plus les associations en participation ; la prohibition des sociétés entre époux a été également étendue à la société à responsabilité limitée par la Chambre des Requêtes en 1937 (Req. 15 février 1937, J. C. P. 37. — II.186 ; D. 1938, I. 13, note CORDONNIER ; S. 1937. I. 169, note H. ROUSSEAU).

(2) Art. 1395. C. civ.

(3) Ancien art. 1388. C. civ.

(4) Art. 1099 C. civ.

tion des ventes entre époux (1). La nullité était absolue, d'ordre public ; elle était prononcée sans qu'il soit besoin de prouver une fraude des parties.

Avec la promulgation de la loi du 22 septembre 1942 qui donnait à la femme mariée sa pleine capacité, l'un de ces arguments disparaissait : le respect de la puissance maritale. Les tribunaux se montrèrent moins intransigeants : les sociétés constituées depuis la célébration du mariage sont encore annulées, comme pouvant porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (2), mais non, surtout s'il s'agit de sociétés à responsabilité limitée, celles qui sont conclues antérieurement au mariage (deux associés peuvent donc contracter mariage sans entraîner ipso facto la dissolution de la société), ou celles qui sont contenues dans le contrat de mariage (on ne peut pas raisonnablement soutenir alors qu'elles visent à tourner les dispositions du contrat de mariage), ou encore celles où les époux devenaient associés à la suite d'une dévolution successorale (dans le cas, par exemple, où le beau-père aurait intéressé son gendre à sa société et où la femme hériterait de son père). La doctrine approuva généralement cette évolution libérale des décisions judiciaires, mais certains auteurs (3) trouvent « difficile d'admettre que deux époux puissent substituer aux rapports légaux qui naissent du mariage des rapports juridiques d'associés, dictés exclusivement par l'intérêt pécuniaire ; et s'il y a d'autres associés, il est choquant de voir les deux époux former une majorité contre eux, et plus encore s'allier à des tiers pour prendre des décisions qui ne rencontrent pas leur commun accord » (4).

Tout devait être remis en question : l'Ordonnance du 19 décembre 1958 (5) complète ainsi l'article 1841 du Code Civil : « Deux époux peuvent être simultanément au nombre des associés et participer ensemble ou séparément à la gestion ; ils ne peuvent être indéfiniment et solidairement responsables dans une société commerciale »... Il n'est fait aucune distinction tenant au régime matrimonial des époux.

Aux termes du nouvel article 1841 du Code civil, les apports, droits et obligations ne peuvent être regardés comme donation déguisée lorsque les conditions en ont été rédigées par acte authentique. Les cessions de parts faites par l'un des époux doivent résulter soit d'un acte notarié, soit d'un acte sous seing privé enregistré avant la date de décès du cédant (ceci ayant pour objet de rendre dangereuses les cessions en blanc et donc de diminuer les risques de fraude).

(1) Art. 1595 C. civ.

(2) Civ. com. 25 janv. 1950, D. 1950. 212.

(3) RIPERT et BOULANGER, *Traité de Droit civil*, t. II, 1957, p. 54.

(4) Voir aussi : RIPERT, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., n° 630 - VASSEUR, *Le problème des sociétés entre époux*, Rev. trim. droit commercial 1955, p. 219 - HEMARD, J. Soc. 1955, p. 130 - CHARRON, *Gaz. Pal.* 1955. I doct. p. 23.

(5) Ord. n° 58-1258, J. O. 20 déc. 1958, p. 11.458.

Il ne semble pas que la loi autorise les sociétés constituées uniquement entre le mari et la femme, le texte ayant pris soin de préciser « au nombre des associés » (1) ; un arrêt de la Cour d'Alger du 2 janvier 1962 (2) exige la présence d'un troisième associé, mais admet que « la nullité qui atteint ainsi une société entre deux époux peut être couverte par régularisation ultérieure » et se contente de l'intention qu'avaient les conjoints de compléter leur société par l'adjonction d'un troisième associé, ce qui est assez surprenant.

On sait que deux formes de sociétés seulement sont autorisées par l'article L 575 du Code de la Santé publique pour l'exploitation d'une officine de pharmacie (3) : la société en nom collectif et la société à responsabilité limitée. Or, la société en nom collectif comporte une responsabilité indéfinie et solidaire des associés, elle pourra donc être déclarée nulle si elle comporte deux conjoints parmi les associés ; et cela même si l'union des époux est postérieure à l'acquisition de leur qualité d'associés, contrairement à la jurisprudence qui semblait s'être établie à la suite de la promulgation de la loi de 1942. La seule possibilité qui soit offerte à deux époux qui désirent posséder chacun une part dans la même société exploitant une officine est donc d'entrer comme associés dans une société à responsabilité limitée.

Les sociétés entre époux entachées de nullité seront considérées comme sociétés de fait ; la nullité d'une société n'empêche pas qu'elle puisse être mise en faillite : elle subsiste alors pour les besoins de sa liquidation (4) ; mais la faillite de la société de fait n'entraînera que la faillite personnelle du mari et de ses coassociés, et non celle de la femme qui ne pouvait régulièrement faire partie de la même société que lui.

La loi permet-elle à deux époux associés dans une société à responsabilité limitée d'être tous deux investis des fonctions de gérant ? La loi du 7 mars 1925 modifiée spécifie qu'en cas de faillite de la société, les gérants peuvent être rendus solidairement responsables de l'insuffisance d'actif de la société ; ce qui est en opposition avec les dispositions du nouvel article 1841 du Code civil ; il ne semblerait donc pas que des époux puissent être tous deux gérants.

(1) VASSEUR, « Le problème des sociétés entre époux après l'ordonnance du 19 décembre 1958 », *Rev. trim. dr. com.* 1959, 835 nos. 4 - 5 - et 6 - *Contra* : HEMARD, « Le nouveau régime des sociétés entre époux » *D.* 1959. chr. 27.

(2) Alger 2 janvier 1962, *J. C. P.* 1962. II. 12. 765.

(3) L'article L 575 du Code de la Santé publique résulte de la juxtaposition de l'article 23 de la loi du 11 septembre 1941 qui n'avait envisagé que le cas de la société en nom collectif et de la loi du 8 juillet 1948 qui y a joint le cas de la société à responsabilité limitée.

(4) *Civ.* 23 janv. 1912, *D.* 1912. 1. 481, note BOUVIER-BANGILLON ; *J. Soc.* 1912, 426 ; *Rev. Soc.* 1912, 150.

En sens contraire, cependant, on invoque le fait que le même article 1841 permet aux époux de « participer ensemble à la gestion » ; or, la loi de 1925 ne prévoit qu'une responsabilité de nature délictuelle ou quasi-délictuelle, en instituant une sorte de présomption de faute de gestion : le législateur n'a entendu limiter que la responsabilité contractuelle (telle celle qui résulterait d'un contrat de société en nom collectif) et n'a pas prévu de mettre les époux à l'abri d'une éventuelle responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Mais, au cas où cette responsabilité exceptionnelle se trouverait invoquée contre deux époux gérants, devrait-on poursuivre les deux époux solidairement, ou bien ne pourrait-on poursuivre que le mari, comme dans le cas de faillite d'une société en nom collectif que nous venons de voir ? Il semble que la nature délictuelle ou quasi-délictuelle de la responsabilité qui est en cause rende possible des poursuites contre chacun des deux époux solidairement et indéfiniment.

Une difficulté supplémentaire peut être mise en évidence dans le cas particulier des sociétés pharmaceutiques, car une jurisprudence assez récente du Conseil d'Etat semble qualifier de gérant de fait un associé d'une société à responsabilité limitée qui « participe effectivement et quotidiennement à la gestion de l'affaire en collaboration avec le gérant statutaire » (1). Dès lors, si l'on adopte la thèse selon laquelle les associés sont astreints à une présence effective dans l'officine, ne doit-on pas les considérer comme étant tous gérants, ce qui interdirait à deux conjoints de faire partie d'une société à responsabilité limitée ? En fait, il ne semble pas qu'il faille lier la présence effective des pharmaciens associés à leur participation à la gestion de l'entreprise. On peut envisager d'opérer une distinction entre les fonctions techniques qu'ils se seraient réparties et la gestion proprement dite de l'entreprise à laquelle ils ont renoncé en choisissant un gérant. En revanche, deux époux ne pourraient légalement posséder des parts dans une société dont les statuts porteraient une clause (qui se rencontre parfois dans les sociétés pharmaceutiques) selon laquelle les associés possèdent des droits et pouvoirs égaux de gestion.

b) Indivision :

Il s'avère nécessaire de commencer par évoquer le problème assez délicat de l'indivision d'une officine dans son ensemble, avant d'indiquer quelles pourraient être les particularités d'une indivision entre époux.

(1) PORTEFAIX, l'Evolution pharmaceutique, n° 163, avril 1960.

L'existence de plusieurs droits de propriété sur le même bien crée une situation exceptionnelle : la propriété est dite « indivise » entre les « copropriétaires » (1). Cette situation est le plus souvent accidentelle et temporaire, on la qualifie d'indivision ; elle peut être aussi imposée par la nature de l'objet ; c'est la copropriété ou indivision forcée qui est alors perpétuelle (c'est le cas des parties communes des immeubles divisés par appartements, ou d'un passage commun à plusieurs maisons). Nous n'envisagerons plus que les indivisions du premier type.

Chaque indivisaire est considéré comme possédant un droit de propriété pour sa quote-part sur l'ensemble du bien. Il peut céder ce droit, mais tous les actes d'administration et a fortiori de disposition sur le bien commun nécessitent l'unanimité de consentement des indivisaires (2), à l'exception des seuls actes conservatoires.

En principe, chacun des copropriétaires peut mettre fin à l'indivision ; toutefois, la loi autorise les copropriétaires à conclure une convention d'indivision pour une durée qui ne peut excéder cinq ans (toute convention d'une durée supérieure étant réductible à ce chiffre), mais qui peut être renouvelée (3).

L'exploitation d'une pharmacie en indivision est prévue expressément par le Code de la Santé publique, à la double condition que tous les indivisaires soient diplômés et qu'ils ne soient copropriétaires que d'une seule officine (4).

Le Code civil n'envisage que les indivisions successorales (5) qui sont les plus fréquentes. Habituellement, ces indivisions peuvent se prolonger fort longtemps, mais en matière pharmaceutique la loi ne permettant aux héritiers la gérance par un tiers diplômé que pendant l'année qui suit le décès du titulaire, une telle indivision se terminera

(1) Traité de Droit civil de PLANIOL, par G. RIPERT et J. BOULANGER, tome II, p. 793.

(2) Par exemple, pour consentir un bail ; Req. 28 mai 1940, S. 1940. 1. 79. D'une manière générale, le sort des droits consentis par un seul indivisaire dépendant du résultat du partage (par suite de l'effet déclaratif ou rétroactif que lui accorde l'art. 883 C. civ.), les tiers réclameront l'accord de tous les copropriétaires, et la mauvaise volonté d'un seul peut porter obstacle à tous les actes juridiques.

(3) Art. 815 C. civ. § 1 : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires. » § 2 : « On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité : cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée ».

(4) Art. 575 et 576 du Code de la Santé publique.

(5) Bien que le législateur ait placé la réglementation de l'indivision au titre « Des successions » dans le Code civil, on admet que toute indivision, quelle qu'en soit la nature, y est soumise.

donc rapidement par un règlement de partage, sauf le cas exceptionnel où tous les ayants-droit seraient diplômés. Mais il peut s'y substituer, lors de ce partage, une nouvelle indivision entre plusieurs héritiers pharmaciens.

Une indivision résultera encore d'un partage à la suite d'une demande conjointe d'attribution préférentielle, en application de la loi du 19 décembre 1961, ou d'un testament ou d'une donation.

Enfin, deux ou plusieurs pharmaciens (le nombre de copropriétaires n'a pas de limite théoriquement) peuvent convenir de la création ou de l'achat en commun d'une officine qui se trouve alors en indivision. Signalons que ce dernier cas est assez particulier au domaine pharmaceutique : il est extrêmement rare en effet qu'un fonds de commerce autre qu'une officine soit acheté en copropriété, tandis qu'un nombre non négligeable de pharmacies sont exploitées sous cette forme.

Dans tous les exemples que nous venons de voir, une difficulté surgit : car non seulement il y a mise en commun d'apports, ce qui est le fait de l'indivision, mais encore, en raison de l'objectif commercial poursuivi, il y a également vocation réciproque aux bénéfices et aux pertes et enfin « *affectio societatis* », c'est-à-dire volonté de collaboration réciproque, sur un pied d'égalité, en vue de la réalisation de l'objet social : les trois éléments constitutifs du contrat de société se trouvent donc réunis.

Dans sa thèse de doctorat en Droit, J. HURAUULT (1) proteste contre cet état de choses : « C'est sans doute par une méconnaissance de ces principes juridiques fondamentaux que l'Administration a toléré l'exploitation d'officines en « pseudo-copropriété ». En ce qui nous concerne, nous n'avons pas d'exemple de telles situations dans notre circonscription sanitaire, et, dans le cas où nous serions saisi d'une demande d'enregistrement de déclaration d'exploitation dans ces conditions, nous émettrions un avis tout à fait défavorable ». Nous ne partageons pas son opinion et nous reconnaissons la validité d'un tel mode d'exploitation, avec l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence qui le qualifie de « société d'indivision » (2). Bien entendu, une telle société, à la différence de celles qui sont définies par le législateur, ne possède pas la personnalité juridique, mais, comme l'a exprimé CAPITANT (3) : « Les personnes qui s'associent sont certainement libres de ne pas donner à leur groupement la capacité juridique, alors même que ce groupement rentre dans la

(1) J. HURAUULT : « Le problème de la délivrance des médicaments en France » Rennes, 1961, p. 129, note.

(2) Civ. 6 fév. 1872, D. P. 1872. I.101 - Civ. 5 juil. 1922, D. P. 1923. I.113.

(3) CAPITANT, note sous Civ. 5 juil. 1922, arrêt précité.

catégorie des sociétés. La personnalité n'est, en effet, qu'un procédé technique destiné à faciliter la gestion des biens mis en commun ; ce n'est pas une institution d'ordre public qui s'impose à la volonté des intéressés ».

C'est tout un statut juridique qu'élaborent, en fait, doctrine et jurisprudence, sous ce terme de « société d'indivision ». En particulier, cette notion va permettre d'écarter l'inconvénient le plus grave de l'indivision, à savoir la possibilité pour chaque indivisaire d'obtenir à tout moment le partage : « l'art. 815 (1) est inapplicable lorsque l'indivision a été créée en vue d'un but lucratif par les indivisaires, groupés en une société d'indivision, même sans personnalité morale » (2).

En ce qui concerne les règles de fonctionnement de la « société d'indivision », il est fait appel à la notion de « société de fait », ou mieux de « société créée de fait » (3). En effet, la jurisprudence qualifie de société commerciale de fait (4) : l'exercice d'un commerce par plusieurs personnes sous une raison sociale et sous une enseigne comprenant les noms des associés, la publicité faite sous le nom de plusieurs personnes, les commandes conjointes de marchandises, la signature conjointe et solidaire d'effets de commerce, le partage des bénéfices et la contribution aux pertes, l'existence d'un concours de gestion, etc. L'exploitation d'une officine en indivision rentre donc parfaitement dans la définition des sociétés de fait. Et les tribunaux lui appliquent d'une manière générale, le régime de la société de personnes de droit commun qu'est la société en nom collectif (5). Cependant, de l'absence de personnalité juridique découlent certaines conséquences particulières : ainsi, le tribunal civil de Strasbourg a jugé qu'un bail devait être considéré comme conclu non avec la société de fait mais avec les signataires de l'acte (6).

En résumé, si cette forme d'exploitation est parfaitement licite, elle présente tout de même de sérieux inconvénients : d'abord ceux de la société en nom collectif dont elle se voit appliquer le statut à certains égards (la solidarité des indivisaires est indéfinie en ce qui concerne les dettes du fonds, la faillite du fonds entraîne celle des

(1) Art. 815 C. civ.

(2) Capitant, note sous Civ. 5 Juillet 1922, arr. précité.

(3) E. ESCARRA et J. RAULT : « Les sociétés commerciales », t. 1^{er}, p. 202 : la société de fait est une société irrégulière. On distingue généralement entre la société de fait proprement dite qui a une apparence de société régulière mais entachée d'un vice de constitution, et la société créée de fait qui est toujours irrégulière aussi, mais ce, par la volonté des parties qui n'ont jamais tenté de former une société légale, se contentant de mettre en commun leur industrie ou leurs biens, dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

(4) A. MOREAU, « Associations en participation et sociétés de fait », p. 232.

(5) Montereau 21 déc. 1858, D. 1859.1.361 ; S. 1860.129. Lyon 21 déc. 1883 D. 1886. II. 113 ; S. 1885. 18.

(6) Trib. civ. Strasbourg 25 mai 1951, J.C.P. 1951, n° 6194.

associés), ensuite ceux qui sont dus à son absence de personnalité juridique (tous les actes de la vie communautaire nécessitent, en principe, l'unanimité des consentements, tous les indivisaires devant figurer personnellement sur la scène juridique). A ce titre, elle doit être déconseillée d'une manière générale.

Mais l'achat d'une officine en indivision est susceptible d'offrir un intérêt particulier pour deux époux diplômés mariés sous un régime séparatiste : en effet, la Cour de cassation a jugé à propos d'un immeuble, que l'achat d'un bien en commun par deux époux séparés de biens, avec clause d'attribution au survivant, constituait un acte à titre onéreux, et non une libéralité, en raison du caractère aléatoire de cette opération (1), ce qui la conduisait à admettre la complète validité d'une telle opération. Cette qualification d'acte à titre onéreux permet en particulier de considérer que cet avantage n'aura donc pas lieu d'être imputé sur la quotité disponible entre époux.

Deux époux peuvent-ils donc posséder chacun une part de propriété dans la même officine? Cette rapide analyse du régime de l'indivision lorsqu'elle concerne l'exploitation d'une officine pourrait nous conduire à une réponse négative : s'il est certainement licite que deux époux possèdent chacun une part de propriété sur un même bien indivis, quand leur droit de propriété n'inclut pas la participation à une gestion commerciale, il pourrait en être différemment lorsque ce droit de propriété leur confère la qualité d'associés de fait ; les motifs qui ont inspiré la rédaction de l'article 1841 du Code Civil peuvent être invoqués ici et il peut paraître surprenant d'admettre que puisse être volontairement constituée une société d'indivision là où la société en nom collectif n'est point admise. Cependant, tout acte engageant la société d'indivision donc les deux époux doit être consenti par chacun d'eux ; on considère généralement que tout se passe comme s'il existait en fait plusieurs commerces séparés et l'indivision est reconnue licite en considérant que rien n'est changé dans les règles du régime matrimonial des époux. Selon RIOU, en particulier, « la nullité des sociétés entre époux ne peut empêcher des époux séparés de biens d'acquérir en indivision sans personnalité morale un bien » (2).

Dans le cas d'une indivision successorale, chaque époux peut requérir le partage, ainsi que le permet l'article 815 du Code Civil, mais si les époux ont réalisé la création ou l'acquisition d'un fonds de commerce à l'aide de deniers provenant des deux patrimoines, et donc créé une indivision volontaire, la Cour de cassation leur refuse l'application de l'article 815 (3) : « l'équité exige d'écarter cette action

(1) Civ. 3 Fev. 1959. Bull. civ. 1959, I, n° 66

(2) RIOU, « Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux », thèse de doctorat en Droit, Paris 1953, p. 264.

(3) Civ. 5 juil. 1922, D. 1923.1.113.

qui trouble les rapports familiaux plus que les rapports patrimoniaux » (1) Cette solution est d'autant plus logique que, nous l'avons vu, l'application de l'article 815 est refusée également à deux indivisaires qui ne sont pas conjoints lorsque ceux-ci se trouvent groupés en une société d'indivision.

L'application du droit des sociétés de fait aboutit pratiquement à des solutions identiques à celles que l'on obtiendrait en cas de dissolution anticipée d'une société nulle entre époux.

Les magistrats admettent, toutefois, difficilement, l'existence d'une société de fait entre époux, pour la raison, semble-t-il, que celle-ci établit un régime adjoint de communauté non prévu par le contrat de mariage. « Pour qu'il y ait société, il faut que les époux aient mis des capitaux dans le même commerce, qu'ils l'exploitent ensemble, que leurs apports soient incorporés au fonds de telle manière que celui qui n'est pas propriétaire ne puisse reprendre les siens, qu'ils aient été unis par l'*affectio societatis*. Le plus souvent, il y aura société de fait lorsque les époux auront créé... un fonds de commerce qu'ils exploiteront ensemble pour s'en répartir les bénéfices » (2).

Les tribunaux admettent, en revanche, beaucoup plus facilement l'existence d'une société de fait entre concubins. Un arrêt récent de la Cour de cassation du 27 juin 1963 (3) reconnaît ainsi entre deux époux anciennement séparés de biens qui, après leur divorce, étaient devenus concubins, l'existence d'une société de fait pour les besoins de la liquidation d'un fonds de commerce, en relevant à la fois l'existence d'apports des deux parties et leur volonté de s'associer avec participation aux bénéfices et aux pertes.

II. DE QUELQUES PROBLEMES POSES PAR LE DROIT DE PROPRIETE SUR UN FONDS D'OFFICINE :

1. Les modifications des éléments du fonds.

Tout fonds de commerce, du fait même de son existence, est soumis à de continuelles transformations des droits et des biens qui le composent et qui peuvent faire l'objet de conventions particulières : mais il constitue, avant toute chose, une unité d'exploitation et ceci doit venir constamment à l'esprit lorsque l'application stricte des règles

(1) RIOU, op. cit. p. 37

(2) RIOU, « Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux », thèse de doctorat en Droit, Paris 1953, p. 256.

(3) Civ. I, 27 juin 1963, pourvoi n° 61/10.201, encore inédit.

du droit civil risquerait d'entraîner un démembrement des éléments du fonds (1).

a) Les éléments nouveaux :

En principe, sous un régime communautaire, tout bien acquis à titre onéreux pendant le mariage tombe dans la communauté. Or, les éléments anciens d'un fonds sont destinés à être remplacés au bout d'un temps plus ou moins long par des éléments nouveaux : le stock des spécialités et de la droguerie, en particulier, sera vendu ou remplacé, voire augmenté ; un mobilier démodé est remplacé ; il est procédé au renouvellement du matériel usé ; un nouveau bail est substitué à l'ancien qui est venu à expiration ; le nom commercial peut être lui-même modifié. A la limite, la presque totalité des éléments d'origine peut avoir été changée. Doit-on décider lorsqu'en vertu des règles du régime le fonds avait la qualité de propre, que seuls les éléments initialement propres à l'un des époux ont conservé ce caractère et que les éléments qui ont été renouvelés sont devenus communs ?

Il ne semble pas que la question des éléments incorporels nouveaux ait donné lieu à des décisions jurisprudentielles. Les problèmes se sont essentiellement posés à propos du stock de marchandises et du matériel d'exploitation.

La doctrine considère, dans son ensemble, que les marchandises, choses fongibles, constituent des propres imparfaits, soumis en tant que tels au quasi-usufruit de la communauté ; celle-ci devra donc rendre à sa dissolution, par application de l'article 587 du Code civil, soit des choses de même qualité et quantité, soit leur estimation (depuis la loi du 17 mai 1960, qui modifiait l'article 587, cette estimation doit être faite non plus au jour du mariage mais au jour de la restitution). L'époux ne conserve donc qu'un simple droit de créance, solution justement critiquée par un certain nombre d'auteurs (2) : il est injuste de permettre à la communauté de restituer un fonds dépourvu de marchandises, leur remplacement est un acte d'exploitation commerciale et le droit de jouissance de la communauté ne porte pas tant sur chacun des éléments du fonds que sur le fonds lui-même considéré dans son ensemble. Application de ces principes a été faite par la Cour de Besançon (3) qui a considéré que des marchandises étaient présumées avoir été acquises en remplacement de celles qui existaient lors de

(1) M^e BOUVIER, « Le fonds de commerce dans ses rapports avec le droit familial » et M^e MALAUZAT, « La vie du fonds de commerce » et « La composition du fonds de commerce », rapports présentés au 60^e Congrès des Notaires de France à Strasbourg, mai 1962.

(2) Voir notamment WEILL, J. C. Doct. Fasc. XXI, n. 265,

(3) Besançon, 8 mars 1949, D. 1949. 518, note RIPERT ; J.C.P. 1950. II 5284,

l'inventaire, et par la Cour de Lyon, plus récemment, (1) laquelle reconnaissait « qu'il est inadmissible, en l'absence de stipulation expresse, de dissocier les marchandises de cette entité que constitue le fonds de commerce, les marchandises devenant un bien de communauté, tandis que le surplus du fonds de commerce resterait propre ».

On a tenté également de soutenir que l'article 589 du Code civil, qui stipule que l'usufruitier de biens qui se détériorent par l'usage n'est tenu que de les rendre dans l'état où ils se trouvent à la fin de l'usufruit, pouvait être étendu au cas du matériel d'exploitation. Telle fut la thèse admise par un arrêt ancien de la Cour suprême, le 13 décembre 1842 (2), arrêt qui ne devait pas être suivi. La cour de Caen (3) reconnaissait au contraire que la substitution d'un matériel nouveau à un matériel ancien constituait un simple acte d'administration. Dans une espèce plus récente, (4) la Cour de Cassation devait considérer que l'achat d'un matériel neuf pour les besoins de l'exploitation d'un fonds ne pouvait donner droit à une restitution de ce matériel mais seulement à une indemnité en valeur, solution que M. COHEN, qui commente cet arrêt, généralise en admettant « que chaque fois qu'un fonds de commerce vient au cours de son exploitation... à s'augmenter d'un ou plusieurs éléments nouveaux apportés par l'exploitant, ce ou ces éléments s'incorporent au fonds et ne peuvent plus être revendiqués en nature. »

b) Les plus-values :

Une solution identique doit être admise en ce qui concerne les plus-values : la plus-value d'une officine, c'est-à-dire l'augmentation de sa valeur entre le jour de la célébration du mariage et le jour de la liquidation de la communauté, accroît à celle-ci et reste propre si l'officine est propre, que cette plus-value soit due à une cause fortuite tel un accroissement de débouchés ou à l'activité professionnelle de l'époux qui en est propriétaire. L'article 1498 du Code civil qui fait entrer en communauté les acquêts provenant de l'industrie des époux ne lui est pas applicable, le patrimoine commun tirera seulement profit de l'augmentation des revenus qui se produira généralement de façon parallèle à l'accroissement de la valeur du fonds. Une telle solution est parfaitement équitable, puisque le propriétaire de l'officine supporte également les risques et les dépréciations éventuelles de son exploitation.

(1) Lyon 27 nov. 1957, « Tout Lyon », 23 nov. 1959.

(2) Civ. 13 déc. 1842, S. 1843. I. 20.

(3) Caen 28 mars 1930, D. H. 1930. 322.

(4) Civ. 6 nov. 1950, J. C. P. 1952. II. 6702, note COHEN; sur pourvoi de l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges 16 juillet 1946, J.C.P. 1952. II. 6702 - Voir aussi Civ. 20 juin 1928, D. H. 1928. 317.

N'y a-t-il pas une exception au cas où la plus-value serait due à une capitalisation exagérée des revenus de l'officine propre? La plus-value résultant de cet autofinancement accroît, là encore, au fonds propre. Il est parfaitement admissible que l'un des conjoints affecte ainsi une partie importante, voire la totalité de ses bénéfices au développement de sa pharmacie propre; cependant, ainsi que l'exposait le doyen JULLIOT de la MORANDIERE (1), « si l'on décidait que l'époux propriétaire du fonds peut, sans devoir de récompense à la communauté, investir tous ses bénéfices dans le fonds, il est évident qu'il aurait le moyen d'enrichir son patrimoine propre au détriment de la communauté frustrée des bénéfices du fonds propre. Il y aurait là un moyen pour l'époux de se faire des propres à soi-même. Il faut donc accorder à la communauté un droit à récompense ». Le droit à récompense sera égal, suivant le droit commun, à la plus faible somme représentant soit la plus-value du fonds, soit les débours de la communauté.

c) L'adjonction de branches nouvelles :

Mais le développement du fonds originaire peut se manifester aussi par l'adjonction de branches nouvelles; que faut-il décider si le titulaire de l'officine a créé un rayon d'optique? Dans une affaire concernant un commerce de chapellerie et de cravates, la Cour de Besançon (2) devait décider qu'un rayon de parapluies, confection, lingerie et chaussures pouvait suivre un sort différent de celui du fonds propre. Mais cette décision fut unanimement critiquée. Comment concevoir une division des différents rayons réunis dans un même local selon leur date d'ouverture alors qu'ils offrent leurs services à une même clientèle et sous la même enseigne? Une séparation ne pourra profiter ni à l'époux propriétaire du fonds originaire ou à ses ayants-droit qui se verront contraints à une réduction de leur activité, ni à son conjoint ou à ses héritiers qui se trouveront dans l'obligation de transporter ailleurs les rayons nouveaux. Tout au plus a-t-on pu admettre qu'une branche nouvelle suive une voie différente de celle du fonds qui lui a donné naissance sous la stricte condition qu'elle offre des marchandises différentes à une clientèle nouvelle (3); bien que le critère de la clientèle se révèle, à l'analyse, quelque peu incertain et arbitraire, lorsque le droit au bail, le nom commercial, l'enseigne... témoignent d'une unité économique d'exploitation.

(1) M. le doyen JULLIOT de la MORANDIERE, Cours de licence, 1948-1949.

(2) Besançon, 8 mars 1949, D. 1949. 518, note RIPERT; J. C. P. 1949. II. 5284.

(3) Trib. com. Seine 10 déc. 1937, Revue des Fonds de commerce 1938, 85 - Douai 20 juin 1958, Gaz. rég. du Nord 25 nov. 1958,

Il en est très différemment si l'adjonction d'une branche nouvelle au fonds originaire a réalisé, en fait, la création d'un fonds nouveau d'activité indépendante et s'adressant à une clientèle totalement différente. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 28 mars 1938 (1) est particulièrement net à ce sujet : un pharmacien s'étant réservé comme bien propre son fonds d'officine par contrat de mariage, avait créé, postérieurement à son union, un laboratoire de fabrication et prétendait que ledit laboratoire ne constituait pas un acquêt de communauté mais un accessoire de sa pharmacie. La cour rejeta ses prétentions, « tous les faits et la correspondance attestant, sans contestation possible, que le laboratoire constitue un acquêt de communauté et non un accessoire de la pharmacie, bien propre au mari... ».

Dans le cas où la branche nouvelle adjointe à une officine est un laboratoire d'analyses médicales, le problème est plus complexe car il conduit à se poser deux sortes de questions : un laboratoire d'analyses médicales peut-il constituer un bien susceptible d'entrer en communauté? si oui seulement, suivra-t-il le sort de l'officine dont il constitue l'accessoire?

La première question ne nous retiendra pas longtemps mais il est nécessaire de l'évoquer ici dans la mesure où sa réponse conditionne celle que nous cherchons. En effet, le pharmacien analyste exerce une profession exclusivement libérale et l'on a pu soutenir (2) que « la valeur professionnelle » du titulaire « fait exclusivement la valeur de l'établissement ». Dans l'espèce examinée par le tribunal civil d'Avignon puis en appel par la Cour de Nîmes, un médecin qui avait créé un laboratoire d'analyses et dont la femme demandait, après divorce, l'inscription de la valeur pécuniaire de cette entreprise à l'actif de la communauté, obtint que soit écartée l'application du droit commun, ce laboratoire ne constituant pas un bien, « attendu que les gains du laboratoire du docteur X.. ne sont que les produits de l'intelligence et des connaissances spéciales de son Directeur », et « que ce laboratoire constitue une entreprise tellement en dépendance de la personnalité de son auteur que l'on ne peut concevoir qu'il puisse subsister utilement sans le concours de ce dernier ».

Cette solution, commandée sans doute par des considérations d'espèce, a été vivement critiquée. Ainsi que le faisait remarquer LAGARDE : « quel que soit le rôle du savoir et de l'intelligence dans la direction d'un laboratoire, on voit mal en quoi il surpasse ce qu'il est dans la gestion d'un office ministériel, d'une agence d'affaires.... biens dont la valeur vénale, tout au moins, tombe en communauté » ; NAST poursuit le même raisonnement à propos des fonds de commerce :

(1) Req. 28 mars 1938, D. H. 1938. 371.

(2) Trib. civ. Avignon 20 juil. 1938, puis en appel : Nîmes 27 mars 1939, D. 1940. 2. 1, note NAST - Rev. trim. dr. civ, 1938, p. 780, observations de LAGARDE.

« Le rôle de l'intelligence et des connaissances scientifiques ou techniques n'est pas moins important dans la gestion d'une entreprise industrielle ou commerciale que dans la direction d'un laboratoire d'analyses ». Comme RIOU (1) prend soin de le signaler, « dans un laboratoire d'analyses, la personnalité de l'exécutant n'est pas toujours au premier plan. La clientèle n'est pas uniquement attachée au propriétaire du laboratoire », mais peut être attirée par exemple par des considérations tenant à la situation du local, ce qui sera particulièrement le cas d'un laboratoire adjoint à une officine.

Si quelques auteurs admettent l'exclusion de la communauté pour les clientèles des professions libérales (2), parce qu'ils se refusent à les ranger parmi les éléments du patrimoine (3) ou en se référant précisément à ce caractère personnel (4), si même quelques décisions se sont montrées également défavorables à leur entrée en communauté (5), SAVATIER ne reconnaissait-il pas à ces clientèles une valeur patrimoniale (6) et, dans le cas de l'office où la considération de la personne du titulaire est prise officiellement en considération, la jurisprudence n'a-t-elle pas toujours compté que la valeur au moins entrait en communauté (7) ; surtout, le caractère personnel que de telles clientèles peuvent posséder « ne paraît pas d'une essence différente de celui qu'on retrouve dans les fonds d'artisan ou dans certains fonds de commerce que tout le monde s'accorde pourtant à faire entrer dans la masse commune » (8). D'ailleurs, pendant la durée du régime matrimonial, ces biens demeurent exploités par leur seul titulaire et aucune difficulté ne doit pouvoir surgir, l'activité de ce titulaire devant normalement profiter à la communauté. L'entrée du bien considéré dans la masse commune ne constitue pas une cession,

(1) RIOU, « Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux », Thèse de doctorat en Droit, Paris 1953, p. 50.

(2) SAVATIER, « Etude juridique de la profession libérale », Thèse de doctorat en Droit, Poitiers 1947.

(3) RIPERT et BOULANGER, Traité élémentaire de droit civil de M. PLANIOL, t. III, n° 299 - COLIN, CAPITANT et JULIOT de la MORANDIERE, Cours élémentaire de droit civil français, t. III, n° 191 - ALBESSARD, « Etude juridique de la clientèle des professions libérales », thèse de doctorat en Droit, Toulouse 1936, p. 140.

(4) JAUBERT, « Les propres mobiliers dans la communauté légale », thèse de doctorat en Droit, Bordeaux 1942.

(5) Trib. civ. Seine 28 déc. 1943, J. C. P. 1945. II 290, note SAVATIER.

(6) SAVATIER, « Etude juridique de la profession libérale », thèse de doctorat en Droit, Poitiers 1947, p. 137.

(7) Req. 6 janv. 1880, D. 1880, I. 361, note DUTRUC ; S. 1881. I. 49, note LABBE.

(8) CACHIA, Les droits patrimoniaux à caractère personnel dans le régime de communauté, Rev. trim. dr. civ. 1950, 18 - Dans le même sens, CENDRIER, Le fonds de commerce, n° 465 - VIGNANCOURT, Le fonds de commerce dans les rapports entre époux, thèse de doctorat en Droit, Paris 1928.

mais une simple affectation de ce bien (1) et ce n'est qu'à la dissolution de la communauté que le conjoint non titulaire acquerra la propriété de la moitié du laboratoire.

Quelque importance que revête le caractère personnel de l'exploitation d'un laboratoire d'analyses médicales, celui-ci constitue donc un bien qui ne nous semble pas pouvoir être exclu de la communauté.

Ainsi concluait le tribunal civil d'Aix, le 22 septembre 1947 (2) : « Attendu que, quelle que soit l'influence qu'aient pu exercer les connaissances techniques, l'intelligence et l'activité du défendeur, le laboratoire qui, en l'espèce, suit le sort de la pharmacie, principal dont il est l'accessoire, constitue un bien patrimonial dont la valeur calculée sur l'importance et la fidélité probable de la clientèle est appréciable en argent et peut faire l'objet d'une aliénation ; qu'il est un élément de l'actif de la communauté ».

Et c'est dans le même sens qu'un arrêt de la Cour de Paris considérait le 26 juin 1956 (3) qu'un fonds de laboratoire demeurait « affecté d'une valeur vénale, la clientèle elle-même formant un droit incorporel mobilier de valeur patrimoniale ».... « Un tel élément doit figurer à l'actif d'une communauté »....

Nous avons vu que le jugement d'Aix (2) reconnaissait à un laboratoire la qualité d'accessoire de l'officine à laquelle il se trouvait annexé et leur réservait un sort identique ; nous pensons que cette solution doit être généralisée : lorsqu'un laboratoire est adjoint à une pharmacie propre, celui-ci bénéficie d'une situation privilégiée du fait de sa proximité par rapport à l'officine qui lui fournit en fait une partie importante de sa clientèle. Il est donc logique de considérer que le laboratoire qui s'adresse à la même clientèle aura la même qualité de bien propre ou de bien commun que l'officine qui a contribué à son essor.

d) L'incorporation de fonds nouveaux :

Que faut-il encore décider lorsque les époux acquièrent un ou plusieurs fonds nouveaux en les incorporant au fonds primitif ?

(1) RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil français* de M. PLANIOL t. III, n° 242.

(2) Trib. civ. Aix 22 sept. 1947, J. C. P. 1947, II. 3876, note SAVATIER.

(3) Paris 26 juin 1956, Doc. pharm. jur. n° 1023.

Supposons le cas d'un pharmacien réalisant grâce aux deniers communs, l'acquisition d'un commerce attenant au sien dans le but d'agrandir son local ; supposons encore le cas du titulaire d'une officine opérant, toujours au moyen de deniers communs, l'achat d'une autre officine de la localité dans le dessein de la fermer et d'absorber sa clientèle. Dans un cas très peu différent, la Cour de Douai a décidé (1) que le fonds qui perdait son nom commercial, son enseigne, sa clientèle, et donc son individualité, et se trouvait incorporé à un autre acquérait la nature du bien auquel il se trouvait ainsi incorporé, que ce dernier soit propre ou commun, sans préjudice des récompenses qui pourraient être dûes. C'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier souverainement quelle est l'entreprise qui, en fait, a absorbé l'autre.

L'officine, en tant que fonds de commerce, est une entité juridique qui ne peut survivre que par le renouvellement des éléments corporels et incorporels qui constituent sa nature particulière. Les éléments nouveaux qui ont été adjoints au fonds et concourent au maintien de la clientèle doivent demeurer liés à l'unité économique de production que constitue le fonds.

2. Le transfert de l'officine :

Lorsqu'une exploitation est transférée d'un lieu dans un autre, deux cas peuvent se produire du point de vue du droit civil : ou bien l'opération s'analyse en un transfert et le fonds qui était propre pourra conserver cette qualité, ou bien l'opération s'analyse en une création d'un fonds nouveau qualifié de bien commun sous un régime communautaire. Quel est donc le critère qui va permettre de différencier transfert et création quant à la propriété du fonds ? En droit commun, le déplacement d'une exploitation ne s'analyse juridiquement en un transfert que s'il n'entraîne pas une modification importante de la clientèle (2). Si, au contraire, le déplacement a pour effet de solliciter une clientèle nouvelle, il y a eu création d'un fonds nouveau.

A ce critère, en vérité assez imprécis, du droit civil se juxtapose en droit pharmaceutique une distinction parfaitement établie entre le transfert au sens de l'article L 570 du Code de la Santé publique et la création, soumise à des règles distinctes.

Le transfert au sens du droit civil va-t-il coïncider avec le transfert au sens du droit pharmaceutique ?

(1) Douai, 26 janv. 1848, S. 1949. 2. 1, note RAYNAUD.

(2) WEILL, J. Cl. Not. « Fonds de commerce », Fasc. VI, n° 19 - Trib. com. Seine 14 févr. 1912, Gaz. Pal. 1912. 1. 560.

Le plus souvent, le pharmacien qui se réinstalle dans un immeuble voisin pour des raisons tenant par exemple à la vétusté des locaux dans lesquels il exerçait ou encore à une expropriation pour cause d'utilité publique (1) de l'immeuble où est installé son fonds d'officine, ou même au désir légitime qu'il peut avoir d'acquérir un local plus vaste susceptible de répondre de façon plus satisfaisante aux exigences d'une population en voie de croissance, va continuer à desservir sensiblement la même clientèle. Dans tous les cas, il opère un transfert à la fois du point de vue du droit civil et du point de vue du droit pharmaceutique.

Mais, reprenant les termes très larges de l'alinéa 1^{er} de l'article L 570, l'instruction ministérielle du 7 août 1945 a prévu le transfert « d'un lieu dans un autre » sans précision supplémentaire. En réalité, la possibilité d'un transfert d'une commune à une autre reste soumise aux règles de limitation édictées par l'article 571 : un tel transfert équivaldrait à la suppression de l'ancien fonds et à la création simultanée d'un fonds nouveau, opération qui n'est autorisée que si le nombre des officines n'atteint pas les limites précisées par le Code de la Santé Publique (2).

La procédure du transfert d'un fonds de pharmacie n'offre donc un intérêt que lorsqu'elle permet, à l'intérieur d'une même commune, une suppression et une création simultanées là où une création au sens du droit pharmaceutique ne pourrait être réalisée. Or il se produit fréquemment que le transfert soit autorisé en un lieu géographiquement et économiquement assez éloigné de l'ancien fonds pour qu'on puisse considérer qu'il n'y a plus continuité de la clientèle.

Convient-il de dire que l'officine propre, objet d'un transfert au regard de la législation pharmaceutique, mais dans des conditions telles que le nouveau fonds va s'adresser à une clientèle nouvelle, perdra sa qualité de propre et que l'opération s'analysera en une création du point de vue du droit civil?

On doit bien reconnaître que les dispositions du Code de la Santé publique ne réglementent les demandes de création et de transfert des officines qu'en tant que conditions et formalités d'ouverture d'une nouvelle officine, conditions et formalités rendues nécessaires par l'instauration d'un système de répartition géographique des fonds de pharmacie : il ne peut s'agir que de règles de police administrative qui ne peuvent prétendre faire échec aux principes établis du droit commun et préjuger des règles de propriété qui ne relèvent que du droit civil.

(1) Sur le sort de la licence d'un fonds d'officine frappé d'une expropriation pour cause d'utilité publique, lire M^e PORTEFAIX, l'Evolution pharmaceutique septembre 1958, et fiche du service de documentation de l'Union nationale des Grandes Pharmacies de France n° 57 mars 1964, par le même auteur.

(2) C. E. 6 juil. 1960, Doc. pharm. C. E. n° 331.

C'est ainsi que, devant déterminer s'il y avait eu un transfert ou une création d'un fonds d'officine pour l'application d'une disposition commune à tous les fonds de commerce, l'arrêt MELCHIOR (1) s'est prononcé en faveur d'une création pour le motif qu'avait été modifié « le cadre économique de l'exploitation qui s'adressait désormais à une clientèle différente ».

3. La levée d'une promesse de vente :

Le fonds d'officine acquis en vertu d'une promesse de vente consentie à l'un des époux antérieurement à son mariage, sera réputé acquêt et reconnu par conséquent commun sous tous les régimes de communauté, à moins que le bénéficiaire de la promesse n'ait pris la précaution de stipuler dans son contrat de mariage que le fonds acquis lui demeurerait propre. Malgré la réticence de quelques auteurs (2) suivie par un certain nombre de juridictions (3), la Cour de Cassation s'est prononcée nettement en ce sens (4) et cette solution n'est plus contestée.

En ce qui concerne la levée de la promesse de vente, un problème assez particulier s'est posé à propos d'un fonds d'officine : la cession avait été soumise à la condition que le bénéficiaire ait acquis le diplôme de pharmacien et ce dernier prétendait qu'étant marié sous le régime légal, il pouvait faire lever par sa femme pourvue du diplôme de pharmacien la promesse de vente qui se trouvait tombée en communauté.

Des pharmaciens titulaires d'une officine avaient conféré à chacun des fils de leur bailleur de fonds la faculté d'acquérir leur officine à un prix déterminé, sous la condition qu'il obtienne auparavant le diplôme de pharmacien ; l'un des fils non diplômé, marié sous le régime de communauté légale, pouvait-il faire lever cette promesse par son conjoint pharmacien ? Tel est le problème qu'eut à trancher le tribunal de commerce de Montereau, puis la Cour de Paris (5) qui, infirmant le jugement, rejeta la prétention des époux titulaires de la promesse, considérant « que, sans doute, par suite du mariage, ladite promesse est entrée dans l'actif de la communauté de biens instituée entre les époux L.-M., mais qu'elle n'en a point, pour autant, été modifiée

(1) Doc. pharm. C. E. n° 2, 18 fév. 1944.

(2) NAST, note D. 1932. 2. 134 - BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, « Du contrat de mariage », 3^e éd., t. 1, n° 335.

(3) Trib. civ. Boulogne-sur-Mer 15 avril 1897. DEFRENOIS art. 10.254 - Aix 27 avril 1931, D. 1932. 2.134 - Dijon 11 mai 1933, D. 1933.403.

(4) Civ. 7 mars 1938, D. H. 1938.260.

(5) J. C. P. 14 déc. 1955, n° 8978; D. 1955, p. 727.

et qu'elle est demeurée ce qu'elle était, c'est-à-dire affectée de la condition que son titulaire Jean L. pût, lors de la demande de réalisation, justifier qu'il se trouvait personnellement en possession du diplôme de pharmacien ».

Dans le recueil Dalloz, la note qui accompagne cet arrêt ajoute : « la solution était dictée par le fait que c'était le mari non pharmacien qui était avant son mariage titulaire de la promesse de vente de l'officine et que c'était la femme qui était pharmacienne. Le mari ne pouvait s'effacer devant sa compagne. » Selon l'auteur, « le problème se fût peut-être posé en termes différents si la situation de départ avait été inversée ».... Alors, « en sa même qualité de chef de la communauté, le mari aurait-il pu lever la promesse puisqu'il a seul la gestion de la communauté et la qualité pour acquérir en son nom ».

Il nous semble, au contraire, que l'arrêt de la Cour de Paris exige clairement que la réalisation de la condition soit faite en la personne même du titulaire de la promesse et nous ne pensons pas que la solution aurait été différente si les rôles avaient été inversés entre les époux. Si une femme se trouvait titulaire d'une promesse de vente prenant le soin de stipuler que la levée est subordonnée au fait qu'elle possède le diplôme de pharmacien, c'est elle-même qui devrait également devoir justifier qu'elle remplit bien personnellement la condition au moment de la demande. Seule une telle solution permet de respecter la volonté des parties telle qu'elle s'est exprimée au moment où la convention a été signée.

4. L'exercice d'une faculté de rachat et la levée d'une promesse de revente :

Aux termes de l'article 1659 du Code civil, « la faculté de rachat ou de *rémeré* est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673 », c'est-à-dire des frais et loyaux coûts de la vente, des réparations nécessaires et de celles qui ont augmenté la valeur du fonds jusqu'à concurrence de cette augmentation. La faculté de rémeré est stipulée dans l'acte même de vente (1), pour un terme qui ne peut excéder cinq années. Après la vente, l'acheteur devenu propriétaire peut exercer sur le bien considéré tous les droits de jouissance et de disposition, sous réserve de leur

(1) Lorsqu'une stipulation de rémeré figure dans un acte distinct, les juges du fonds peuvent décider, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation, que la vente est ferme à l'égard des tiers et assortie d'un pacte de rachat entre les seuls co-contractants (civ. 3 oct. 1956, Bull. civ. I, n° 333, p. 269).

résolution éventuelle au cas où le réméré serait exercé. Le vendeur, s'il exerce le réméré et restitue les sommes indiquées par l'article 1673, reprend le bien tel qu'il l'avait vendu.

Classiquement (1), ce procédé est conseillé lorsqu'un étudiant en cours d'études de pharmacie vient à hériter d'une officine ; le délai d'un an qui lui est alors impart   pour laisser l'officine ouverte sous la direction d'un gérant s'avérant le plus souvent trop court, la vente à réméré lui offre le moyen de ne pas se dessaisir irrévocablement de ce bien de famille (2).

Egalement, on a invoqué le cas du pharmacien condamné par une Chambre de discipline à une peine d'interdiction d'exercer sa profession pendant une durée comprise entre un et cinq ans : ne pouvant faire gérer son officine par un diplômé tout en en conservant la propriété pendant plus d'une année, il lui serait loisible de la vendre en stipulant une faculté de réméré dans un délai variable n'excédant pas cinq ans.

Il serait également possible d'imaginer d'autres cas, tel celui d'un pharmacien malade qui, ignorant la durée du repos qui s'avère nécessaire, désire vend   son officine dans de telles conditions, se réservant de la reprendre quelques années plus tard. Mais, étant donné la difficulté que l'on rencontre habituellement à trouver un acheteur à réméré et le prix de vente beaucoup moins élevé que l'on doit le plus souvent consentir, une telle convention ne sera envisagée que dans des cas assez exceptionnels.

R. POPLAWSKI (3) pense que « la vente d'une officine avec pacte de rachat est licite au regard de la législation pharmaceutique. D'une façon générale, tous les biens susceptibles d'être vendus peuvent l'être sous réserve de réméré. D'autre part, le pharmacien acquéreur devient propriétaire de l'officine et en assure l'exploitation en toute indépendance et sous sa responsabilité jusqu'à ce que, par l'effet de l'exercice du pacte de rachat, la pharmacie revienne aux mains du vendeur diplômé. Il n'y a donc dans cet état de choses rien qui soit contraire au principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance ni à l'obligation de gestion personnelle du titulaire ».

Mais la vente à réméré s'analyse en une vente sous condition résolutoire, l'exercice par le vendeur de sa faculté de réméré constituant un   v  nement futur et incertain susceptible d'entraîner résolution du droit de l'acquéreur. L'accomplissement par le vendeur de sa faculté de rachat ou de réméré, termes mal choisis car ils semblent signifier

(1) Selon POPLAWSKI, Traite de droit pharmaceutique, p. 295.

(2) Une telle convention serait autorisée par le Conseil National de l'Ordre POPLAWSKI, Traite de droit pharmaceutique, p. 296.

(3) POPLAWSKI, Traite de droit pharmaceutique, p. 295.

que le vendeur « rachète » le bien qu'il a vendu et en devient à nouveau propriétaire par l'effet d'une seconde vente, a au contraire pour résultat de placer les parties contractantes dans le même état où elles se trouvaient avant la conclusion de la vente à réméré (1). Ainsi s'exprime la Cour de Cassation (2) : « la faculté réservée au vendeur, lors du contrat de vente, de reprendre la chose vendue, exercée conformément à la loi, ne donne pas lieu à une seconde vente, dans laquelle le vendeur primitif deviendrait à son tour acheteur; ...son exercice constitue seulement l'accomplissement d'une condition résolutoire remplaçant les parties dans le même état où elles se trouvaient avant la vente, sans opérer une nouvelle mutation... ». Le droit de l'acheteur est résolu rétroactivement, il est censé n'avoir jamais été propriétaire de la chose vendue.

Dès lors, ou bien la condition résolutoire ne se trouve pas réalisée, le vendeur n'exerçant pas le réméré dans le délai fixé : l'acheteur qui conserve la propriété de l'officine acquise le jour de la vente ayant géré personnellement cette officine depuis ce jour, il n'existe aucune violation de la règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance de l'officine. Ou bien le vendeur recouvre la propriété de son officine et, en ce cas, pendant le délai qui a couru du jour de la vente au jour de l'exercice du réméré, la gérance a été réalisée par une personne différente, ce qui contrevient au principe de gestion personnelle du propriétaire d'une pharmacie, alors que, par surcroît, ce propriétaire ne présentait pas, le plus souvent, les conditions requises pour l'exercice de sa profession.

G. DELCROIX (3) estime cependant qu'il ne faut pas en conclure que la vente d'une officine avec pacte de réméré soit illicite au regard de la législation pharmaceutique. « En effet, si la vente à réméré est à l'égard de l'acquéreur une vente sous condition résolutoire, elle peut tout aussi bien s'analyser à l'égard du cédant susceptible de redevenir dans l'avenir propriétaire du fonds comme une vente sous condition suspensive. En effet, si la condition se réalise, c'est-à-dire si dans le délai prévu il exerce le réméré, il recouvre la propriété de l'officine qu'il avait perdue depuis le jour du contrat, et cette propriété lui est transmise dans l'état où elle se trouvait alors puisqu'il est tenu de rembourser à son co-contractant non seulement le prix payé mais encore le montant des impenses utiles. Or, nous avons vu que la cession d'une officine consentie sous condition suspensive ne contrevient pas à la règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance. La cession

(1) AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, t. v, § 357 note 1 - COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, n. 958 - PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil, t. x, n. 187.

(2) Civ. 24 oct. 1950, J. C. P. 1950. II. 5835, note RC.

(3) DELCROIX, Propriété et gérance d'une officine de pharmacie p. 44.

d'une pharmacie avec pacte de rachat est donc parfaitement licite si on la considère comme une vente sous condition suspensive ». Surtout, G. DELCROIX estime « heureux que la vente avec pacte de rachat soit licite » pour l'héritier en cours d'études de pharmacie. « L'application stricte de la loi ne lui permettrait pas de reprendre un jour l'officine de son auteur ». Mais ceci ne nous semble pas une justification suffisante pour deux raisons, à savoir que premièrement la licéité de la vente d'une officine sous condition suspensive pure et simple nous paraît fort discutable, et que deuxièmement il existe une autre solution pour l'héritier en cours d'études, solution qui est incontestablement valable.

Le problème de la licéité de la vente sous condition suspensive mérite quelque développement. Le contrat de vente peut, en effet, se trouver assorti de diverses modalités, en particulier le terme et la condition suspensive.

La *vente à terme* (1) est définitive dès le jour de l'accord des parties; seule la tradition de l'objet du contrat est retardée jusqu'à l'arrivée de l'événement futur et certain qui constitue le terme; le transfert de propriété est donc immédiat. Le vendeur qui conserve la gérance de la pharmacie qu'il a vendue à terme, pharmacie dont il a perdu la propriété le jour de la vente, viole certainement la règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance d'une officine de pharmacie; un tel contrat est unanimement considéré comme illégal.

Dans le contrat-type de *vente sous condition suspensive*, la totalité des effets (c'est-à-dire à la fois le transfert de propriété et la tradition de la chose vendue) est suspendue jusqu'à l'arrivée de l'événement futur et incertain choisi par les parties. Par suite, le vendeur conserve la propriété et la gérance de la pharmacie objet du contrat et si la condition ne se réalise pas, tout se passe comme si l'acte de vente n'avait jamais existé; en particulier, la mutation ne s'opérant pas, le droit proportionnel de mutation n'est pas dû. La difficulté n'intervient que dans le cas où la condition se réalise : en effet, l'article 1179 du Code civil stipulant qu'en ce cas, la vente a un effet rétroactif « au jour auquel l'engagement a été contracté », la propriété est réputée avoir été transmise à l'acquéreur au jour de la vente. La conséquence essentielle de cette rétroactivité est de valider les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par celui qui bénéficie de la réalisation de la condition : les mêmes actes, émanés de l'autre contractant, sont traités comme accomplis « a non domino ». Pendant la période qui s'est écoulée entre la signature de l'acte de vente et la réalisation de la condition, le vendeur a géré l'officine, de la propriété de laquelle il a été rétroactivement dépouillé.

(1) Art. 1185 C. civ.

Ventes affectées de modalités :

— Terme : événement futur et certain.

— Condition : événement futur et incertain.

———— = propriété - - - - - = exploitation

VENTE A TERME : le transfert de propriété s'opère le jour de la signature du contrat (S. C.), seule la « tradition » de la chose vendue est retardée jusqu'à l'arrivée du terme.

	S C	Arrivée du terme
Vendeur :	————— —————	
Acheteur :	—————	—————

VENTE SOUS CONDITION SUSPENSIVE SANS CLAUSE PARTICULIERE ECARTANT LA RETROACTIVITE :

La totalité des effets du contrat est suspendue jusqu'à l'arrivée de la condition.

1) La condition ne se réalise pas.

	S C
Vendeur :	————— —————
Acheteur :	

2) La condition se réalise : le transfert de propriété a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté.

	S C	Arrivée de la condition
Vendeur :	————— —————	
Acheteur :	—————	—————

VENTE SOUS CONDITION SUSPENSIVE AVEC CLAUSE ECARTANT LA RETROACTIVITE :

1) La condition ne se réalise pas : (comme ci-dessus)

2) La condition se réalise :

	S C	Arrivée de la condition
Vendeur :	————— —————	
Acheteur :		—————

VENTE A REMERE (= vente sous condition résolutoire) :

1) Le réméré n'est pas exercé :

S C

Vendeur : _____|

Acheteur : | _____

2) Le réméré est exercé : le droit de propriété de l'acheteur est résolu rétroactif :

S C

Exercice du réméré

Vendeur : _____| _____| _____

Acheteur : | _____|

VENTE AVEC PACTE DE REVENTE (= vente + promesse unilatérale de vente) :

1) L'option n'est pas levée :

S C

Vendeur : _____|

Acheteur : | _____

2) L'option est levée et la revente a lieu :

S C

Levée de l'option

Vendeur : _____| _____| _____

Acheteur : | _____|

Pour G. DELCROIX (1) qui reprend en cela l'opinion de POPLAWSKI (2), « il n'y a là qu'une violation apparente de la règle qui nous intéresse qui ne doit pas pour autant entraîner la condamnation du procédé de la vente sous condition suspensive ». Cet auteur considère que la rétroactivité est ici une fiction, qui « a pour but en particulier de protéger l'acquéreur sous condition suspensive contre les aliénations ou constitutions de droits réels consenties par le vendeur à des tiers tant que la condition était pendante. Si l'on admettait que cette fiction de rétroactivité devait entraîner la nullité de la vente sous condition suspensive d'une pharmacie parce qu'elle serait contraire à la règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance d'une officine de pharmacie, on permettrait au vendeur sous condition suspensive de se dégager de ses obligations. Ce faisant, on ferait jouer la fiction contre l'acquéreur dans l'intérêt de qui elle a cependant été instituée par l'article 1179 du Code civil et l'on aboutirait à un résultat inverse de celui poursuivi par le législateur ».

Mais l'on conçoit mal une telle rétroactivité qui ne jouerait que pour obtenir certains effets, donc à laquelle on accorderait ainsi un rôle apparemment mal défini, cependant qu'elle serait écartée lorsqu'elle produirait un résultat jugé peu satisfaisant dans un autre domaine. Ecarter cette rétroactivité pour obtenir la solution souhaitée n'apparaît-il pas comme un subterfuge ?

Or, il est d'autant moins justifiable de vouloir créer une telle entorse aux principes juridiques que ladite rétroactivité est considérée comme n'étant pas d'ordre public (3) les parties conservant donc la possibilité d'y renoncer expressément, en décidant que le transfert de propriété ne s'opérera qu'à compter du jour de la réalisation de la condition ! La solution qui nous semble la seule correcte, solution qui consiste à condamner l'emploi de la vente sous condition suspensive pure et simple lorsqu'elle concerne une pharmacie, ne créera donc en pratique aucune difficulté puisqu'il suffira d'insérer une mention au contrat témoignant de l'intention commune des parties d'écarter la rétroactivité.

Dans le cas de la *vente sous condition résolutoire*, la propriété de la chose est transmise au jour de la vente à l'acquéreur qui en assume alors tous les risques et le droit de mutation est immédiatement exigible. Si la condition résolutoire se réalise ultérieurement, les effets de la

(1) G. DELCROIX, Propriété et gérance d'une officine de pharmacie, p. 41.

(2) Traité de droit pharmaceutique n° 445, p. 290.

(3) Req. 10 fév. 1925, S. 1926. 1. 60 - Civ. 24 juil. 1946, J. C. P. 46. II. 3301, note BECQUE - Civ. 10 mars 1954, Bull. civ. 1954. I. 78 :

«... attendu qu'après avoir justement énoncé que les parties peuvent déroger au principe de la rétroactivité de la condition suspensive, la Cour d'appel constate que dans l'intention commune des parties, la vente conclue en mars 1939, était imparfaite, quoique déclarée irrévocable, qu'elle ne deviendrait définitive et n'aurait sa pleine efficacité « que le jour où l'acte authentique prévu » serait rédigé et que seraient en même temps opérés le transfert et l'entrée en jouissance»....

vente disparaissent et le vendeur est réputé n'avoir pas cessé d'être propriétaire. Là encore, l'acquéreur a exercé la gérance de l'officine alors que le vendeur est désigné rétroactivement comme le seul propriétaire. C'est ainsi que, dans le cas de la vente à réméré, le vendeur qui use de sa faculté de rachat est considéré comme n'ayant jamais cessé d'être propriétaire alors qu'il ne présentait peut-être pas les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie pendant ces quelques années où la gérance de son fonds a pu être confiée à une autre personne, solution difficilement justifiable.

Mais il est un autre contrat qui présente l'intérêt d'une validité à notre avis, incontestable : il s'agit de la *vente avec promesse de revente*.

Ce procédé juridique est si voisin de celui de la vente à réméré qu'on les a très souvent confondus et que les tribunaux ont éprouvé souvent quelques difficultés à déterminer s'ils avaient affaire à l'un ou à l'autre contrat. Il peut arriver, en effet, que, malgré les termes employés par les parties, on se trouve en présence non pas d'une vente à réméré mais d'une vente pure et simple assortie d'une promesse de revente de la chose consentie par l'acheteur au profit du vendeur.

Dans une affaire soumise aux juges de cassation (1), il a été considéré que constituait une promesse de revente la convention par laquelle l'acquéreur d'un fonds de commerce s'engage, le jour même de la vente, à céder ce fonds au vendeur si celui-ci lui en fait la demande pendant un délai d'un mois prévu au cours de la 7^e année suivant l'acte de vente, ladite promesse étant consentie à un prix à déterminer par experts, donc différent de celui qui avait été convenu dans l'acte.

D'une manière générale, deux éléments entrent en ligne de compte pour différencier vente à réméré et vente avec promesse de revente : le délai qui peut être supérieur à cinq ans dans le second cas, et le prix qui, dans le même second cas, est généralement stipulé différent du prix fixé dans l'acte de vente.

Le délai pendant lequel peut être exercée la faculté de rachat ne peut, aux termes de l'article 1660 du Code civil, excéder cinq ans. Si les parties ont stipulé un délai supérieur, il doit être ramené à la limite impérativement fixée par la loi ; si les parties n'ont fixé aucun délai, elles sont considérées comme ayant stipulé le réméré pour la durée la plus grande prévue par l'article 1660 (2), à moins, nous l'avons vu, que d'autres circonstances ne viennent conférer au contrat les caractères d'une promesse de revente. Les parties qui désirent stipuler la faculté de rachat pour une durée supérieure pourraient être

(1) Civ. 5 janv. 1953, Bull. civ. I. n. 2, p. 2.

(2) Douai, 20 fév. 1947, D. 1948, som. p. 7.

tentées de prétendre qu'elles ont entendu réaliser une simple promesse de revente ; en fait, les juges apprécieront et il leur est loisible d'imposer aux co-contractants les limites du délai légal (1).

En ce qui concerne le prix, on sait que l'exercice du réméré comporte obligation pour le vendeur de restituer le prix qu'il a reçu. En l'absence de stipulation contraire, ce sera donc la somme reçue qui devra être remise. Le prix de rachat prévu peut-il être supérieur ou inférieur à celui de la vente ? Si l'on excepte les cas d'un prix très inférieur qui pourrait dissimuler une libéralité et d'un prix très supérieur qui pourrait s'interpréter en un prêt usuraire ou un pacte commissoire interdits par la loi, il semble bien que la stipulation d'un prix différent pourrait constituer un élément permettant d'analyser le contrat en une promesse de revente. Cela serait certain si d'autres éléments venaient renforcer cette présomption, tels que la prorogation du délai, comme nous venons de le voir, ou la qualification de « promesse de revente », insérée par les parties au contrat, ou l'insertion dans un acte distinct de celui de la vente.

Or, dans le cas de la promesse unilatérale de revente, il n'existe plus aucune difficulté : le fonds a été exploité depuis la date de la signature de l'acte de vente par celui qui en était le propriétaire et, si la revente se produit, à aucun moment n'a eu lieu une dissociation entre les qualités de gérant et de propriétaire, puisque c'est seulement au moment même de la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse que le second transfert de propriété se trouve opéré.

Cette solution possède une très grande souplesse puisqu'elle ne présente plus la limitation des cinq années et peut permettre, en particulier, à l'enfant d'un pharmacien décédé de poursuivre un cycle d'études pendant une durée supérieure avant de reprendre la pharmacie paternelle. De plus, elle peut être envisagée pour d'autres hypothèses que celle du descendant non encore pourvu de son diplôme ou de ses vingt-cinq ans, hypothèse qui semble bien jusqu'ici avoir été la seule qui soit tolérée par l'Ordre.

En revanche, cette solution présente deux inconvénients graves qu'il convient de signaler. En premier lieu, dans l'hypothèse de violation par l'acheteur de sa promesse de revente, par exemple au cas où cet acheteur aurait cédé, avant la levée de l'option, l'officine à un tiers, le vendeur ne pourra disposer que d'une action en dommages et intérêts à l'encontre de l'acheteur (action illusoire si ce dernier est insolvable), alors qu'il pouvait avoir un intérêt « sentimental » à retrouver la propriété d'un bien de famille. En second lieu, d'un point de

(1) Req. 20 fév. 1855, D. P. 1855. 1. 74.

vue fiscale, le réméré ne donne lieu qu'à la perception d'un seul droit de mutation (1), tandis qu'une vente suivie d'une revente donneront lieu à perception chacune des droits correspondants.

Sur le plan qui nous intéresse dans cette étude, réméré et revente pourront donner lieu à des solutions fort différentes : en effet, le bien dont la propriété est recouvr  e par l'exercice d'une faculté de rachat est censé ne jamais avoir quitté le patrimoine du vendeur ; il réintègre donc ce patrimoine avec le même caractère propre ou commun qu'il aurait eu si la vente n'avait pas existé. Tandis que si ce bien est acquis en vertu d'une nouvelle vente, il pourra recevoir une qualification différente et en particulier devenir un bien commun, s'il n'est pas fait mention d'un remploi de fonds propres.

Ainsi, prenons l'exemple de deux époux unis sous un régime de communauté réduite aux acquêts : dans le cas d'une vente à réméré, le bien ne sera pas considéré comme un acquêt et restera propre à l'un des époux s'il lui appartenait personnellement au moment de la vente, tandis que dans le cas d'une vente avec promesse unilatérale de revente, le même bien tombera en communauté .

*
**

(1) Les droits seront de 4,20 % sur le stock de marchandises et 16 % sur les autres éléments du fonds de commerce. L'exercice du réméré échappe à la perception des droits proportionnels de mutation pour n'être assujéti qu'au droit fixe de 10 F lorsque les conditions suivantes se trouvent réalisées :

- 1   la faculté de rachat doit avoir été stipulée dans l'acte de vente même ;
- 2   le rachat doit être exercé avant l'expiration du délai stipulé et, en toute hypothèse, dans la limite de cinq années à dater du jour de la vente ;
- 3   le retrait doit être constaté par acte public ou du moins par acte sous seing privé ayant acquis date certaine avant l'expiration du délai ;
- 4   il faut que le retrait soit exercé par le vendeur lui-même ou son héritier,

II^e PARTIE

L'EXPLOITATION DU FONDS D'OFFICINE

Ainsi que l'exprimait RIPERT, en droit commercial, « la propriété du fonds peut, par l'effet du régime matrimonial, ne pas coïncider avec l'exploitation » (1). Or, la législation pharmaceutique impose la réunion de la propriété et de l'exploitation d'une officine entre les mains d'un même diplômé.

L'Ancien Droit avait, peu à peu, élaboré le principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance d'une officine de pharmacie que devait consacrer l'article 2 de la Déclaration du Roi du 25 avril 1777 qui n'accordait le privilège de détenir laboratoire et officine ouvertes à Paris aux maîtres en pharmacie « que tant qu'ils posséderont et exerceront personnellement leurs charges. ».

La loi du 21 germinal an XI « contenant organisation des écoles de pharmacie et sur la police de la pharmacie » ne reprenait pas explicitement l'article 2 de la Déclaration de 1777 mais précisait dans son article 25 : « Nul ne pourra obtenir de patente pour exercer la profession de pharmacien, ouvrir une pharmacie, préparer, vendre ou débiter aucun médicament, s'il n'a été reçu suivant les formes voulues jusqu'à ce jour par la loi... ».

Après de vives controverses, la Cour de Cassation devait en 1859 (2) considérer qu'« aux termes de l'article 25 de la loi de germinal an XI, le diplôme de pharmacien est nécessaire non seulement pour préparer, vendre ou débiter des médicaments mais également pour ouvrir une officine de pharmacie.... Attendu que les dispositions de la loi de germinal an XI ne font en ce point que reprendre les prescriptions de la déclaration du roi du 25 avril 1777 dont l'article 2 exige que

(1) RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, n° 489, p. 192.

(2) Crim. 23 juin 1859, D. P. 1859. 1. 288,

les titulaires des charges de pharmaciens ne puissent avoir laboratoire et officine à Paris qu'autant qu'ils possèdent et exercent personnellement leurs charges ».

L'année suivante, la Cour de Cassation (1) confirmait sa position qu'elle soutenait à la fois par des arguments de textes et par des motifs tirés de la tradition, invoquant « au surplus qu'un gérant pourrait manquer de la liberté nécessaire pour prévenir les abus et les dangers que peut comporter l'exercice de cette profession tandis que les véritables possesseurs, sans titre légal, pourraient être portés, par leur intérêt, à les favoriser ». La Cour de Paris ne venait-elle pas d'affirmer également (2) : « On ne peut attendre une responsabilité sérieuse et efficace que de la part de celui qui, pourvu d'un diplôme, propriétaire de la pharmacie et la gérant lui-même, peut répondre de ses actes tout à la fois par sa personne et par ses biens ».

Cette jurisprudence ne devait jamais se démentir mais au contraire s'étendre au cas où le propriétaire pharmacien fait gérer son officine par un gérant diplômé salarié (3).

La loi du 11 septembre 1941 n'a fait que reprendre dans ses articles, 23 et 24, devenus les articles 575 et 576 du Code de la Santé publique, les solutions dégagées par le pouvoir judiciaire.

La règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance d'une officine de pharmacie dont le fondement rationnel tient « dans la nécessité d'assurer la gestion personnelle et libre de la pharmacie et d'imposer au pharmacien à l'égard des tiers une responsabilité personnelle entière et sans restrictions afin de protéger plus efficacement la Santé publique », (4) fut établie en dehors de toute préoccupation tenant au régime matrimonial des époux ; il n'est pas étonnant que la conciliation de cette règle avec les principes du droit matrimonial s'avère souvent délicate.

Nous sommes ainsi amenés à examiner les principales situations créées par le régime matrimonial des époux afin de rechercher dans chaque cas s'il est possible d'envisager une conciliation entre ces règles impératives et celles, non moins impératives, de la législation professionnelle.

(1) Crim. 23 août 1860, D. P. 1860. 1. 149.

(2) Paris 12 mai 1860, cité par BRIAND et CHAUDE, *Manuel de Médecine légale* t. II, p. 666.

(3) Civ. 24 mars 1876, S. 1876. 1. 184.

(4) DELCROIX, *Propriété et gérance d'une officine de pharmacie*, p. 16.

1. — L'exploitation d'une ou de deux officines propres :

Les problèmes relatifs à l'exploitation d'une officine propre à l'un des époux se présentent différemment selon que le fonds est un bien propre au mari ou à la femme ; il est également nécessaire de distinguer l'hypothèse où chacun des patrimoines propres renferme un fonds d'officine.

a) L'officine est un bien propre au mari :

Lorsque l'officine est un bien propre au mari et que celui-ci détient les qualités requises pour l'exercice de la pharmacie, il peut en réaliser l'exploitation en conformité totale avec les règles de la législation pharmaceutique, en toute propriété, indépendance et pleine responsabilité.

L'épouse diplômée pourrait-elle gérer l'officine propre de son conjoint ? Le principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance de l'officine lui interdit d'effectuer légalement une telle exploitation. Bien qu'en un tel cas, la femme puisse devenir commerçante, « la qualité de commerçant étant attachée à l'exploitation et non à la propriété du fonds » (1), une telle dissociation entre la propriété et l'exploitation ne saurait répondre aux exigences formulées par le Code de la Santé Publique.

b) L'officine est un bien propre à la femme :

Le Code civil avait placé la femme mariée sous l'« autorité maritale » qu'il voulait forte et accordait au mari, sur tous les actes de sa femme (en particulier sur l'exercice par celle-ci d'une profession sans le consentement de son mari), un contrôle qu'il était irréfragablement présumé exercer dans l'intérêt de la famille. A peine reconnaissait-on à l'épouse le droit de n'être point battue, malgré la résistance de certaines Cours d'appel, et celui d'avoir des convictions religieuses personnelles.

C'est à la réforme de 1938-1942 que devait revenir le rôle de mettre les concepts juridiques qu'elle bouleversait en concordance avec l'évolution des mœurs : le mari n'exerce plus qu'une « fonction » dans l'intérêt commun du ménage et des enfants (2), fonction à laquelle concourt l'épouse, qui peut aussi éventuellement remplacer son con-

(1) COHEN, Traité des fonds de commerce, 2^e éd, n° 93, t. I, p. 65.

(2) Art. 213 C. civ.,

joint. La femme se voyait reconnaître la pleine capacité pour les actes purement personnels dès 1938, mais c'est la loi du 22 septembre 1942 qui devait la libérer de la plupart des incapacités qui subsistaient (en particulier de celle d'entreprendre un commerce) en même temps qu'elle créait un « véritable contentieux de l'abus de pouvoirs » (1) : ainsi, l'article 223 du Code civil reconnaît-il à la femme le droit *d'exercer librement une profession séparée*, sauf à conférer au mari un *droit d'opposition* à cet exercice, opposition dont la femme peut obtenir du juge la mainlevée (2).

Dès lors, la femme accomplit valablement tous les actes juridiques que nécessite l'exercice de sa profession, lorsque son contrat de mariage ne limite pas sa capacité.

La femme séparée de biens peut ainsi exploiter en toute indépendance un fonds d'officine qui lui est propre, les exigences professionnelles étant pleinement satisfaites.

Mais dans de nombreuses hypothèses, l'administration du fonds resté propre à la femme est normalement dévolue par le contrat de mariage à son mari. Ceci se produit en particulier dans un régime de communauté réduite aux acquêts ou dans le cas d'une officine dotale.

Une femme commune possédant les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie fera mieux de prévoir dans son contrat de mariage que lui soit réservée l'administration de son officine propre afin de réunir entre ses mains à la fois la propriété et les pouvoirs d'administration de ce bien, conformément aux exigences du Code de la Santé publique. En l'absence de cette précaution, elle sera dans la même situation qu'une femme commune exploitant une officine commune quant aux pouvoirs d'administration sur sa pharmacie.

Mais si la femme ne remplit pas les conditions requises pour l'exercice d'une profession et qu'elle envisage la possibilité de recueillir une officine par exemple à la suite d'une dévolution successorale, il sera préférable de stipuler que l'officine tombera en communauté, à charge de récompense due à l'héritière, de telle sorte que le mari

(1) En fait, l'intervention du magistrat ne se conçoit guère que dans un ménage désuni sur la demande de l'épouse qui se refuse à une séparation malgré une mésentente grave ou pendant le préambule d'une instance en divorce ou en séparation de corps; la technique employée par le législateur a été critiquée par H. SOLUS (Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942, Rev. trim. dr. civ. 1943, p. 81 à 98) selon lequel la réforme de 1942 a créé deux incapables au lieu d'un seul. Voir aussi H. MAZEAUD (Une famille sans chef, D. 1951, Chron. p. 33).

(2) Il n'est pas possible d'autoriser l'épouse de façon irrévocable, par contrat de mariage, à exercer un commerce durant le mariage car le droit d'opposition du mari est une prérogative tirée de sa qualité de chef de famille et l'article 1388 du Code civil interdit de déroger aux droits reconnus au mari comme chef de famille.

diplômé puisse se trouver dans une situation parfaitement régulière à l'égard de la législation pharmaceutique. Ceci serait vrai également si les rôles étaient inversés entre le mari et la femme dans cette hypothèse.

Si l'officine est dotale, il semble difficile d'admettre que le mari puisse en effectuer l'exploitation puisqu'il n'en est pas propriétaire, bien que les pouvoirs que lui donne le contrat de mariage soient tels qu'ils lui permettraient de réaliser l'exploitation en toute indépendance. Il semble préférable d'estimer la dot dans le contrat puisqu'en ce cas le mari en devient de plein droit propriétaire, à condition qu'il n'ait pas été spécifié que l'estimation n'équivaut pas à la vente. Afin de pallier l'inconvénient d'une dévaluation éventuelle du montant de l'évaluation du fonds, il est alors conseillé d'introduire dans le contrat de mariage une clause reportant au jour de la dissolution, ou de la liquidation du régime matrimonial, l'évaluation des apports (1).

Dans le cas où la femme remplirait les conditions requises pour exploiter une officine dotale, il vaudra mieux prévoir dans le contrat de mariage une clause laissant à l'épouse l'administration de ce bien dotal particulier (2).

c) Les deux officines sont l'une un bien propre au mari, l'autre un bien propre à la femme :

Lorsque deux époux possèdent chacun une officine propre, chacun doit exploiter l'officine qui lui est propre. Deux époux ne peuvent échanger entre eux l'exploitation de leurs officines. Ils ne peuvent pas davantage échanger la propriété de celles-ci : ainsi s'est prononcée la Cour de Cassation le 22 juin 1959 (3), reprenant sur ce point les arguments de la Cour de Riom ; une telle convention est frappée de nullité par l'article 1595 du Code civil qui interdit la vente entre époux, sauf exceptions qui ne trouvent pas leur application ici : dans l'espèce considérée, la Cour a d'ailleurs relevé que le contrat avait « une cause illicite, tendant à faciliter le divorce par l'attribution à la femme de l'officine la plus importante en vue d'assurer son indépendance et d'augmenter ses ressources ».

(1) COLOMER, L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux, thèse Paris 1955. Compte rendu de M^r DESBOIS, Rev. trim. dr. civ. 1955, 256, N. 26 - DALAMIER, Les conséquences de la dépréciation monétaire sur l'économie des régimes matrimoniaux, J. C. P. 1957, I, éd. N., 1373 - SAVATIER, Peut-on remédier dans le contrat de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie ? Rép. gén. Not. art. 26 607.

(2) Civ. 17 fév. 1886, D. P. 1886. I, 249.

(3) Civ. 22 juin 1959, Doc. pharm. n° 1148.

2. —L'exploitation d'une ou de deux officines communes :

POPLAWSKI (1) qui analyse le patrimoine commun en une sorte de copropriété, voit dans le fait que l'officine devient propriété commune des deux époux une « contradiction flagrante et directe » avec les règles du Code de la Santé publique : selon cet auteur, ou bien l'un seulement des deux époux est pharmacien et alors son conjoint non pharmacien devient copropriétaire d'une officine, situation interdite par la loi qui défend à un non diplômé d'être copropriétaire d'une officine (2), ou bien les deux époux sont pharmaciens : s'ils ne possèdent qu'une seule officine il n'y a pas de difficulté, mais s'ils possèdent deux officines, ils se trouveront copropriétaires de deux officines, situation également répréhensible (3).

Cette analyse a été critiquée (4) pour ce motif que la communauté entre époux ne constitue pas à proprement parler une copropriété. Il est donc intéressant de rappeler brièvement ce que représente cette institution.

L'idée d'une masse de biens commune entre les époux paraît être fort ancienne, en ce qui concerne les meubles, sans doute sous l'influence de la pratique des « communautés taisibles », très courantes entre vilains, qui se formaient entre personnes même non parentes, vivant « à même pot et feu » au bout d'un an et un jour de cohabitation (5) ; l'Eglise a certainement joué également un rôle favorable à la création d'un patrimoine indivis entre époux. En ce qui concerne les acquêts immobiliers, dès le XIII^e siècle on exigeait le concours de la femme pour leur aliénation et les actions en justice qui les concernaient, et au XIV^e siècle on admettait qu'ils étaient également la propriété indivise des époux. La composition de la communauté fut variable du XV^e siècle au XVIII^e siècle ; elle comprenait parfois tous les biens des époux, même les immeubles possédés par eux avant le mariage (il en était ainsi dans les pays flamands), tandis que dans un grand nombre de coutumes elle était réduite aux meubles.

Les droits du chef étaient absolus sur ces biens, comme ils l'étaient sur la personne de sa femme, survivance du « mundium » germanique, véritable tutelle, devenue la « mainbournie » de notre droit coutumier. Non seulement il administrait tous les biens communs et les propres

(1) POPLAWSKI, Traité de droit pharmaceutique, p. 362.

(2) Art. 576 al. 2, C. S. P.

(3) Art. 575 al. 1, C. S. P.

(4) DELCROIX, Propriété et gérance d'une officine de pharmacie, p. 65.

(5) L'influence de cette pratique est si nette sur la communauté conjugale que bon nombre de coutumes ne faisaient commencer la communauté entre époux qu'au bout d'un an et un jour de cohabitation et que la communauté continuait de plein droit au décès de l'un des conjoints entre l'époux survivant et les enfants issus du mariage, sauf l'éventualité d'un partage.

de sa femme, mais il avait sur les acquêts un pouvoir de disposition absolu. C'est ce pouvoir exorbitant du mari, « seigneur et maître » de la communauté, que consacra le Code civil, en gardant le régime de communauté et l'incapacité de la femme mariée. D'autres règles devaient assurer la protection de la femme : le droit de renonciation à la communauté, le bénéfice d'émolument, l'hypothèque légale et enfin le droit de demander la séparation de biens.

On ne saurait assimiler la communauté à une société (« Uxor non est propria socia », disait l'Ancien Droit) : il n'y a pas égalité de droits entre époux, ceux-ci ne peuvent faire fixer ni la durée de la communauté, ni les pouvoirs de gestion sur les biens communs, enfin il s'agit d'un patrimoine ne comportant pas la personnalité morale et de composition universelle, incluant même des biens futurs acquis à titre gratuit, ce qui est interdit à des associés.

Elle ne saurait pas davantage être assimilée à une copropriété : il est impossible aux époux de céder leur part ou de l'hypothéquer, d'une manière générale de mettre fin à l'indivision (sauf le cas de séparation de biens judiciaire), enfin l'administration des biens indivis n'est pas assurée par accord de tous les indivisaires mais organisée par la loi ; et si la femme était copropriétaire, comment pourrait-elle exercer son hypothèque légale ou son droit de renonciation ?

Au contraire, la communauté nous apparaît comme une institution originale née de notre droit coutumier ; elle réalise une affectation spéciale des biens des époux aux intérêts du ménage et de la famille, affectation qui se traduit par une condition juridique différente des biens et des dettes des époux, soumis au régime de propriété établi par la tradition. Dès que la communauté est dissoute, il s'y substitue une indivision ordinaire entre les conjoints ou leurs ayants-droits.

POTHIER (1) écrivait déjà : « Pendant que la communauté dure, le mari est réputé en quelque façon comme le seul seigneur et maître absolu des biens dont elle est composée. Le droit qu'y a la femme est regardé comme un droit informe qui se réduit au droit de partager un jour les biens qui se trouveront la composer lors de sa dissolution ». La communauté des biens correspond « à la mise en commun des bonnes et des mauvaises chances » et « répond à une communauté de vie qu'elle a pour objet de manifester et de renforcer » (2). On ne saurait la considérer comme une « institution législative quelconque : elle est une tradition nationale. Elle est le produit du sol et de la race ; elle tient aux plus intimes particularités du caractère français » (3).

(1) POTHIER, Communauté, n° 3.

(2) CACHIA, Les droits patrimoniaux à caractère personnel dans le régime de communauté, Rev. trim. dr. civ. 1950, 18, p. 281.

(3) BERARD, Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté, thèse Paris 1902, p. 200.

DELCROIX pense (1) que l'incompatibilité signalée par POPLAW-SKI « ne pourrait apparaître que si on analysait la communauté comme une véritable indivision dans laquelle chaque époux possède une quote-part de propriété sur chacun des biens qui composent la masse indivise. Elle disparaît au contraire si... on la considère comme une institution originale née de notre droit coutumier qui n'a de commun avec la copropriété que le fait d'être traité à sa dissolution comme une indivision »... « Si donc la communauté ne peut être assimilée à la copropriété, et puisque les pouvoirs du mari sur les biens communs sont actuels et presque aussi étendus que ceux d'un propriétaire ordinaire, la règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance d'une officine de pharmacie se trouve, au moins pendant la durée du mariage, en fait respectée même si l'officine est un bien commun, lorsque c'est le mari qui est diplômé et exploite cette officine. En effet, dans ce cas, propriété et gérance se trouvent réunies dans la même main puisqu'en sa qualité de chef de la communauté il est quasi-proprétaire de l'officine qu'il gère ».

Il n'est pas faux de dire que le mari commun a sur l'officine commune tous les pouvoirs de disposition (sauf à titre gratuit) et tous les pouvoirs d'administration, et que sa femme a sur la masse des biens communs des droits futurs et éventuels qui ne se manifesteront qu'au moment de la dissolution du régime matrimonial (à la condition qu'elle accepte la communauté). Mais n'est-ce pas employer un artifice que de reconnaître le mari seul « quasi-proprétaire » comme le fait DELCROIX? Logiquement, cette position devrait conduire à admettre que la femme commune ne pourra jamais exploiter une officine commune, si on ne lui en reconnaît pas également la propriété.

Il semble plus logique de dire que, quelle que soit l'analyse que l'on admette de la communauté entre époux, celle-ci constitue bien un patrimoine commun entre deux personnes : dès lors, la présence d'une officine dans ce patrimoine attribuera à un époux non pharmacien un droit de propriété sur ce bien et la présence de deux officines pourra attribuer à chacun des conjoints diplômés un droit de propriété sur les deux fonds. Mais est-ce à dire qu'il faille condamner de telles situations?

L'époux commun titulaire d'une officine possède sur cette dernière un droit de propriété qui suffit à garantir son indépendance ; si son conjoint se trouve participer à cette propriété en vertu des règles du droit patrimonial, on ne peut guère considérer cette situation comme susceptible de constituer une ingérence étrangère redoutable pour la Santé publique. L'objectif du principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance, règle de police pharmaceutique, est sauvegardé et l'on peut, sans dommage pour la Santé publique, suivre plus l'esprit

(1) DELCROIX, Propriété et gérance d'une officine de pharmacie, p. 70.

de la lettre du principe en considérant que, *par tradition*, son application se satisfait du droit de propriété reconnu aux époux sur les biens de la masse commune et négliger les pouvoirs reconnus au conjoint par application de la législation matrimoniale. Bien entendu, il faut encore que l'époux titulaire de l'officine puisse justifier qu'il possède sur celle-ci tous pouvoirs d'administration.

Etant donné la différence des rôles qui sont attribués au mari et à la femme par ce régime matrimonial, nous pensons qu'il est nécessaire d'examiner séparément les cas où l'un *ou* l'autre seraient pharmaciens ; nous verrons ensuite le cas où l'un *et* l'autre sont diplômés.

a) Le mari possède seul les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie :

Le mari diplômé qui exploite une officine possède, sur ce bien commun, tous les pouvoirs d'administration sans que sa femme puisse lui demander de comptes sur sa gestion ; il en a tous les pouvoirs de disposition (sauf à titre gratuit) ; de plus, sa responsabilité est entière puisqu'il oblige son patrimoine propre et le patrimoine commun. Les exigences du Code de la Santé publique sont donc satisfaites.

b) La femme possède seule les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie :

Deux cas sont à distinguer : ou bien l'officine a été achetée ou créée par la femme grâce aux économies qu'elle a réalisées sur les produits de son travail, au titre des biens réservés, ou bien l'officine est un bien commun ordinaire.

1° L'officine fait partie des *biens réservés* :

Si l'officine d'une femme diplômée est comprise dans ses biens réservés, il n'y a, cette fois encore, aucune difficulté : elle a sur eux les mêmes pouvoirs qu'une femme séparée de biens : pouvoirs d'administration et de disposition, même à titre gratuit (1). En outre, la responsabilité qu'elle est susceptible d'engager à l'occasion de l'exercice de sa profession est couverte non seulement par ses biens

(1) Contrairement au mari qui n'a pas les pouvoirs de dispositions à titre gratuit sur les gains qu'il a réalisés, gains qui tombent dans la communauté.

propres et ses biens réservés, mais encore par le patrimoine commun et celui de son mari si celui-ci ne s'est pas opposé à l'exercice de ladite profession. Les exigences du Code de la Santé sont donc, cette fois encore, satisfaites.

2° L'officine est un *bien commun ordinaire* :

DELCROIX (1) pense que la femme ne peut assurer l'exploitation d'une officine commune comme mandataire de son mari non diplômé : « un tel mandat serait entaché de nullité certaine puisqu'il émanerait d'une personne qui n'a pas qualité pour tenir l'officine ouverte au public et donc pour passer un acte juridique à cet effet ». Il propose donc d'utiliser la solution suivante : « On sait... que lorsque le mari est hors d'état de manifester sa volonté, sa femme peut être habilitée par justice à le représenter dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article 1421 du Code civil.... Si donc le mari non diplômé est hors d'état d'exercer les pouvoirs que lui reconnaît l'article 1421 du Code civil sur l'officine qui dépend de la communauté, son épouse titulaire du diplôme pourrait être autorisée par justice à exercer les pouvoirs normalement dévolus à son mari sur ce bien déterminé que constitue l'officine. Elle pourrait alors la gérer personnellement, sans qu'elle contrevienne à la règle de l'indivisibilité. En effet, elle aurait sur le fonds les pouvoirs les plus étendus d'administration et même de disposition dont elle pourrait être investie par la décision de justice dont s'agit ; de sorte qu'elle pourrait se comporter comme si elle en était propriétaire. Son indépendance serait absolue puisque mandatée par décision de justice. Elle pourrait exploiter le fonds sans aucun contrôle de son mari ».

Sans insister sur les difficultés d'application que peut comporter une telle solution, nous critiquerons ce raisonnement à deux points de vue.

En premier lieu, si le législateur permet à la femme de recourir au tribunal lorsque son mari est hors d'état de manifester sa volonté (2), on ne saurait soutenir que tel est le cas ici : le mari est seulement hors d'état d'effectuer lui-même l'exploitation de l'officine, non de manifester sa volonté.

En second lieu, il ne paraît pas impossible d'expliquer comment la femme peut légalement réaliser l'exploitation de l'officine commune. Le droit de propriété reconnue à la femme sur l'officine lui ayant per-

(1) G. DELCROIX, Propriété et gérance d'une officine de pharmacie, 1958, p. 72.

(2) Art. 219 C. civ. : « Si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, son conjoint peut se faire habilitier par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs visés à l'article précédent » (ce sont les pouvoirs « que le contrat de mariage lui attribue »).

mis d'en devenir titulaire, on peut considérer que les pouvoirs d'administration lui sont conférés par la loi par ce fait qu'elle est devenue titulaire de l'officine, la qualité d'exploitant et celle de titulaire étant intimement liées. En renonçant à s'opposer à l'exercice d'une profession séparée par sa femme et à l'acquisition par celle-ci de la qualité de titulaire de l'officine qu'il laissait entrer dans la patrimoine commun, le mari a renoncé également à l'administration de cette partie du patrimoine commun.

Certes, le mari peut toujours revenir sur sa renonciation (l'irrévocabilité de sa décision porterait atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales) ; mais cette manifestation de volonté d'un mari non diplômé serait impuissante à lui permettre d'acquérir des pouvoirs d'administration qui demeurent légalement entre les mains de son épouse tant qu'elle reste titulaire du fonds d'officine. Si l'épouse ne demandait pas au juge ou n'obtenait pas la mainlevée de cette opposition, le mari n'acquerrait pas les pouvoirs d'administration sur ce bien commun, pouvoirs que la loi a attachés à la personne de la titulaire ; seule la fermeture de l'officine ou la vente à un tiers diplômé pourrait être envisagée, sans qu'il soit possible d'admettre ici une extension des dispositions conférant, par exception, au conjoint survivant et aux héritiers un délai d'un an pour faire gérer le fonds en attendant d'en réaliser la vente.

Le mari pourrait encore, sans autre manifestation de son intention de voir sa femme cesser son exploitation, vendre l'officine commune à un diplômé sur sa seule initiative. La femme commune doit toujours compter sur la complaisance de son mari pour conserver le fonds à sa disposition.

c) Le mari et la femme possèdent tous deux les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie :

Si des époux communs, tous deux diplômés, ne possèdent qu'une seule officine commune, l'un ou l'autre des époux pourra en être le titulaire : il aura seul alors les pouvoirs d'administration sur le fonds. Si l'exploitation est réalisée en commun, la femme est réputée être la préposée de son mari (1), par application de l'article 4 du Code de commerce qui ne la considère pas alors comme commerçante.

Le conjoint qui exerce une fonction technique dans l'entreprise pharmaceutique dont son époux est titulaire pourra, bien entendu, occuper les fonctions d'un pharmacien assistant, inscrit à ce titre à la

(1) Civ. 27 janv. 1875, D. 1875. 1297.

Civ. 14 mars 1938, S. 1939. 1. 285.

Civ. 20 déc. 1943, J. C. P. 1945. 11. 2976.

section D de l'Ordre national des pharmaciens. Mais si le chiffre d'affaires de la pharmacie n'est pas tel qu'il exige la présence d'un pharmacien assistant ou bien si le nombre de diplômés que requiert ce chiffre d'affaires se trouve déjà réalisé, il aurait été permis de penser que ce conjoint n'a pas à demander son inscription à l'un des tableaux de l'Ordre. Cependant, les rédacteurs du « Droit pharmaceutique » mentionnent « : D'après certains auteurs, le Ministre de la Santé publique »... aurait estimé que le conjoint diplômé peut être « considéré comme associé et inscrit à la section A si son diplôme est régulièrement enregistré » (1). D'ailleurs, l'article 514 du Code de la santé publique qui impose l'inscription à l'ordre au diplômé exerçant la pharmacie pourrait être considéré comme ayant une portée suffisamment générale pour étendre cette obligation au conjoint qui participe à l'exploitation de l'officine dont son époux est titulaire.

Deux époux mariés sous le régime de la communauté légale peuvent-ils posséder *deux officines communes*? Un pharmacien ne peut être propriétaire ou copropriétaire que d'une seule officine; or, si l'on assimile, comme le fait POPLAWSKI, la communauté à une copropriété, les époux vont se trouver copropriétaires de deux officines; si l'on y voit une masse de biens à affectation spéciale, biens dont le mari à la quasi-propriété, le même patrimoine va se trouver propriétaire de deux officines. C'est ainsi qu'une circulaire du Secrétaire d'Etat à la Santé du 7 août 1942 concluait que « juridiquement seuls les époux mariés sous le régime de la séparation de biens, en raison de l'indépendance des patrimoines, ont le droit de posséder chacun une officine, conclusion d'autant plus grave, que, par la suite du principe de l'immuabilité des conventions matrimoniales, les époux communs n'avaient d'autre ressource que le divorce ou la séparation de corps s'ils désiraient posséder deux officines. Or le législateur n'entendait certainement pas arriver à une telle conclusion lorsqu'il avait interdit à un pharmacien la propriété de plus d'une officine.

Le Ministère est donc revenu sur sa position et, dans une réponse à une question écrite (2), réponse en date du 1^{er} avril 1952, il était admis que les époux pharmaciens peuvent être titulaires chacun d'une officine, quel que soit leur régime matrimonial, car « toutes les dispositions légales régissant le mariage sont d'ordre public, et ne peuvent être mises en échec par une loi d'ordre professionnel ».

G. DELCROIX (3) pense pouvoir justifier cette solution « en se référant à la nature propre de la communauté. En effet, chacun des époux communs responsable d'une officine peut être... considéré à l'égard de son conjoint et de l'autre officine comme un non-diplômé ».

(1) AUBY, COUSTOU, BERNAYS et HAUSER, *Droit pharmaceutique*, 12. 2.

(2) Réponse à une question écrite de M. Pierre MARCILHACY, J. O. Cons. Rép. 20 juin 1952, p. 1300; Doc. pharm. information n° 671 p. 5.

(3) G. DELCROIX, *Propriété et gérance d'une officine de pharmacie*, p. 74.

Chaque époux « a seul la pleine et entière administration de cette officine pendant et jusqu'à la dissolution du mariage. La règle de l'article 575 n'est donc pas, en ce cas, violée puisqu'aucun des deux époux n'exerce simultanément sur les deux officines les pouvoirs d'administration ».

3. L'exploitation simultanée d'une officine propre et de l'officine commune :

Les problèmes soulevés par l'exploitation simultanée par deux époux diplômés d'une officine propre et d'une officine commune ne sont pas d'une nature différente de ceux qui viennent d'être exposés.

4. L'exploitation du fonds d'officine pendant une instance en divorce ou en séparation de corps :

Les pouvoirs du mari sur les biens communs, et en particulier sur l'officine commune qu'il exploitait précédemment, sont maintenus durant une instance de divorce ou en séparation de corps. La femme ne peut pas obtenir la nomination d'un séquestre qui priverait le mari de ses pouvoirs de chef de la communauté si elle ne réussit à faire la preuve d'actes mettant en cause l'administration du mari (1).

Si, en revanche, la femme exploitait un fonds, tel une officine, avant l'instance, elle a le droit d'en conserver l'exploitation (2) et son mari ne peut, sans fournir la preuve d'une gérance défectueuse, lui réclamer le fonds qu'il laissait à sa disposition ; divers jugements précisent que doivent être toujours maintenus à la femme les pouvoirs d'administration d'un fonds commun lorsqu'elle possède des aptitudes spéciales pour son exploitation (3) ou est titulaire d'un diplôme spécialement exigé pour l'exercice de la profession considérée.

En principe donc, l'instance n'entraîne pas de changement dans la possibilité pour tel des époux d'administrer le fonds commun qu'il exploitait précédemment. Il serait cependant possible, dans le cas où les deux époux sont diplômés, d'accorder préférentiellement à la femme la gestion d'un fonds commun précédemment exploité par le mari, en cas de mauvaise gestion de ce dernier : à la condition que l'épouse puisse en apporter la preuve, celle-ci pourra reprendre le fonds que son conjoint laissait périlcliter (4). Il en est de même lorsque le mari ne

(1) Paris 23 déc. 1921, D. 1922, 2. 8 - Civ. 27 nov. 1950, D. 1952. 154.

(2) Req. 11 fév. 1929, Gaz. Pal. 1929. 1. 709.

(3) Amiens 14 avr. 1899, Recueil Amiens 1899, 190 - Douai 17 déc. 1902, Gaz. Tribunaux 1903, 1^{er} sem. 443.

(4) Civ. 30 juil. 1951, D. 1952. J. 57.

règle pas la pension alimentaire à sa femme sans ressources (1) : le tribunal peut alors confier à la femme l'exploitation du fonds, à charge pour elle d'imputer les arrérages de sa pension alimentaire sur le montant des bénéfices recueillis.

Quant à l'exploitation d'un fonds propre, celle-ci va continuer à être réalisée par le titulaire de la pharmacie propre, qui en est le propriétaire, en vertu du principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance de l'officine. Il est un cas, cependant, où l'exploitation a pu être réalisée par le conjoint du propriétaire ; c'est le cas où le mari diplômé exploiterait l'officine propre de son épouse commune en biens. En droit commun, la jurisprudence se refuse à retirer au mari l'administration des biens propres de sa femme (2) malgré les efforts de la doctrine (3). Il est permis de penser, cependant, que dans le cas particulier où une femme diplômée réclamerait les pouvoirs d'administration de sa pharmacie propre, une solution différente pourrait être adoptée, afin de réunir entre les mêmes mains propriété et exploitation du fonds d'officine.

Naturellement, chaque époux conserve le droit de demander que son conjoint qui exploite un fonds de pharmacie soit nommé administrateur-séquestre du fonds de commerce afin que lui soient imposés les obligations d'un séquestre judiciaire (4) : ces mesures conservatoires ne sauraient porter atteinte à la liberté de gestion du titulaire du fonds.

Faut-il reconnaître à l'époux-pharmacien ayant géré l'officine commune pendant l'instance un droit à une rémunération pour la gestion de ce bien ? Un arrêt de la Cour de Cassation du 15 janvier 1962 (5) vient de répondre affirmativement.

En cas de divorce, une indivision post-communautaire prend rétroactivement naissance au jour de la demande (6) ; elle se prolonge jusqu'au partage. Une partie de la doctrine (7) tend à restreindre le droit du mari à une rémunération à la période postérieure à la date à laquelle le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce est devenu définitif pour le motif que le mari conserve le droit et le devoir de gérer

(1) Req. 2 mars 1920, D. 1921. 2. 546.

(2) Paris 19 janv. 1945, Gaz. Pal. 1945. 1. 110 : ... « le mari... conserve... pendant le cours de l'instance, conformément aux dispositions des articles 1421 et 1428 du Code civil, l'administration non seulement des biens de la communauté mais encore des biens personnels de sa femme... ».

(3) LAGARDE, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 107.

(4) Paris 19 janv. 1945, Gaz. Pal. 1945. 1. 110.

(5) D. 1962, J., p. 545, note VOIRIN.

(6) Art. 252 al. 6 C. Civ. : « Le jugement ou l'arrêt devenu définitif remontera, quant à ses effets entre époux, en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande... ».

(7) AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, 6^e éd. t. VIII § 519 note 4-3,

la masse commune pendant l'instance. Mais la Cour de Cassation a considéré qu'il n'y avait pas de différence entre les deux phases de l'indivision car, dans les deux cas, « comptable des bénéfices nets réalisés dans la gestion du fonds, il pouvait déduire du produit brut les frais d'exploitation » : « ayant géré l'entreprise dépendant de la communauté pendant la durée de l'indivision, il pouvait à ce titre prétendre à une rémunération », « compte tenu de son activité effective et des usages de la profession » pharmaceutique.

5. L'exploitation d'un fonds d'officine pendant l'indivision post-communautaire après décès de l'un des époux

Lors de la dissolution du régime matrimonial des époux, l'épouse commune (ou ses ayants droit) se voit reconnaître une option entre l'acceptation et la renonciation à la communauté.

Si la femme (ou ses ayants droit) renonce à la communauté, le patrimoine commun s'ajoute au patrimoine du mari qui devient seulement débiteur des récompenses reconnues à la femme.

Si, en revanche, la femme (ou ses ayants-droit) accepte la communauté, une indivision post-communautaire se trouve réalisée, qui peut exister de façon concomitante à une indivision successorale s'il y a eu décès de l'un des époux. La communauté cesse donc d'exister en tant que patrimoine d'affectation et il s'y substitue une indivision transitoire pour les besoins de sa liquidation.

Lorsqu'un fonds d'officine se trouve inclus dans la masse indivise par suite du décès de son titulaire, l'article 580 al. 3 du Code de la Santé publique précise que « le délai pendant lequel le conjoint survivant ou ses héritiers peuvent maintenir une officine ouverte en la faisant gérer par un pharmacien ne peut excéder un an ». L'article R 5015-20 précise que ce gérant doit se voir reconnaître « la même indépendance technique » qu'avait le titulaire lui-même.

A l'expiration du délai d'un an, l'officine, si elle n'a pu être régulièrement cédée, « ne peut rester ouverte », nous dit encore l'article L 580. Mais ce délai d'un an paraît fort court si l'on songe que durant cette année devront être réalisés à la fois le partage des biens indivis et la vente de la pharmacie à un acquéreur diplômé. Il est donc permis de penser qu'une fermeture du fonds, bien que préjudiciable à la fois aux intérêts de la Santé publique puisqu'elle supprime provisoirement un centre de distribution de médicaments, et aux intérêts des individuels dans la mesure où elle est susceptible d'entraîner une nette diminution de la valeur du fonds, puisse être envisagée à titre temporaire. En effet, le conjoint survivant ou les héritiers qui maintiendraient l'officine ouverte au delà du délai d'un an pourraient être poursui-

vis pour exercice illégal de la pharmacie et frappés des peines prévues par les articles L 518 et L 519 du Code de la Santé publique, ce dernier article envisageant en particulier la fermeture judiciaire temporaire ou définitive de l'établissement litigieux.

Mais un jugement du tribunal administratif de Montpellier du 16 février 1961 (1) refuse à la fermeture volontaire de l'officine, à l'expiration du délai légal, le caractère temporaire. Ce jugement ayant été confirmé par le Conseil d'Etat le 18 mai 1962 (2), nous avons crû intéressant de reproduire les principaux considérants de cet arrêt en raison de l'importance toute particulière qu'il revêt : « Considérant qu'aux termes de l'article 28 de la loi du 11 septembre 1941 validée et modifiée par l'ordonnance du 23 mai 1945 « une officine ne peut rester ouverte en l'absence de son titulaire que si celui-ci s'est fait régulièrement remplacer » ; « que la durée légale d'un remplacement ne peut en aucun cas, excéder un an » et « qu'après le décès d'un pharmacien le délai pendant lequel le conjoint survivant ou ses héritiers peuvent maintenir une officine ouverte en la faisant gérer par un pharmacien ne peut excéder un an » ; qu'il résulte de ces dispositions, rapprochées d'autres dispositions de la même loi, notamment de l'article 21 aux termes duquel « lors de la fermeture définitive de l'officine la licence doit être remise à la préfecture par son dernier titulaire ou par ses héritiers », de l'article 23-1^o selon lequel le pharmacien doit être propriétaire de son officine et de l'article 2 d'après lequel le pharmacien doit, pour exercer, remplir certaines conditions, notamment être titulaire du diplôme de pharmacien délivré par l'Etat, que si, à l'expiration du délai d'un an qui suit le décès d'un pharmacien propriétaire d'une officine, cette dernière n'est pas exploitée par un pharmacien diplômé qui s'en est régulièrement rendu propriétaire, l'officine doit être regardée comme définitivement fermée et que, par suite, la licence qui y est attachée devient caduque ».

Ainsi, à l'expiration du délai légal, la licence devient caduque : il en résulte un effondrement de la valeur du fonds qui ne pourra se voir attribuer une nouvelle licence si le chiffre des pharmacies de la localité reste supérieur au nombre des officines qui peuvent être ouvertes en fonction du chiffre de la population.

(1) Trib. adm. Montpellier 16 fév. 1961, D. 1962. 349, note BORÉ.

(2) C. E. n° 54238, 1^{ère} et 2^e sous-sections, séance du 5 mai 1962, lecture du 18 mai 1962.

6. Incidence de la profession du conjoint du pharmacien sur la possibilité pour ce dernier d'exploiter un fonds d'officine.

La profession du conjoint du pharmacien qui désire exploiter un fonds d'officine peut-elle avoir une incidence sur la possibilité d'effectuer une telle exploitation ?

Une interdiction d'exploiter peut provenir des règles qui régissent la profession exercée par le conjoint non diplômé : c'est ainsi que l'épouse d'un notaire ne pouvant exercer aucun commerce ne pourrait exploiter une pharmacie sans interdire, par ce fait même, à son conjoint l'exercice de sa propre profession.

Un problème se pose lorsque le conjoint du diplômé se trouve soumis au statut général des fonctionnaires ; en effet, l'article 8 de l'Ordonnance du 4 février 1959 (1) précise « qu'il est interdit à tout fonctionnaire quelle que soit sa position, d'avoir par lui-même ou par personne interposée, sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service, des intérêts de nature à compromettre son indépendance. Lorsque le conjoint d'un fonctionnaire exerce à titre professionnel une activité privée lucrative, déclaration doit être faite à l'administration ou service dont relève le fonctionnaire. L'autorité compétente prend, s'il y a lieu, les mesures propres à sauvegarder les intérêts du service après avis de la Commission paritaire ».

Plus précisément, le conjoint d'un *membre de l'Inspection des pharmacies* conserve-t-il la possibilité de devenir titulaire d'un fonds d'officine ? L'article L 565 du Code de la Santé publique interdisait déjà aux Inspecteurs « tant qu'ils exercent leurs fonctions et dans un délai de 5 ans suivant la cessation de celles-ci, d'avoir des intérêts directs ou indirects dans les officines, laboratoires et établissements pharmaceutiques soumis à leur surveillance », les termes généraux de ce texte englobant toute participation aux bénéfices d'une exploitation pharmaceutique.

Le Ministre de la Santé publique a cependant reconnu que l'épouse d'un Inspecteur puisse effectuer l'exploitation d'un laboratoire de préparation de médicaments, à la condition qu'une telle activité soit déclarée à l'Administration (2). Et il est admis qu'une solution libérale doive également être adoptée en ce qui concerne l'exploitation d'une officine.

(1) Ord. n° 59.244.

(2) Rép. minist. J. O. Déb. Ass. Nat. 23 fév. 1949, p. 840.

Naturellement, l'Inspecteur intéressé se trouve dans l'obligation de se faire suppléer dans ses fonctions d'inspection de l'établissement exploité par son épouse, ainsi que le même article L 565 du Code de la Santé publique l'exige des Inspecteurs pour tous « établissements exploités par des titulaires dont ils seraient parents ou alliés jusqu'au 4^e degré inclusivement ».

Une difficulté s'est également présentée dans le cas où le conjoint d'un pharmacien exerce la profession de *médecin* dans la localité où se trouve installée sa pharmacie.

Une circulaire du Secrétaire d'Etat à la Famille et à la Santé du 7 août 1942 prétendait, en effet, assimiler cette situation à un compérage médico-pharmaceutique permanent prohibé par le décret-loi du 17 juin 1938 et l'article 34 de la loi du 11 septembre 1941, sauf situations exceptionnelles telle que celle où les deux professions s'exercent à la campagne dans un secteur dépourvu de pharmacies.

Un projet de modification de la loi de 1941, rédigé en 1943, faisait sien cette interprétation et soumettait l'exercice simultané des professions médicale et pharmaceutique dans une même localité par deux conjoints à une autorisation préfectorale, délivrée après consultation des organismes représentatifs des professions intéressées.

Le Conseil d'Etat devait se prononcer sur ce problème le 1^{er} février 1946 (1) : le préfet de l'Aisne avait, par arrêté, prononcé la fermeture d'une officine pour le motif que le conjoint de la pharmacienne exerçait la médecine dans la même commune. Les motifs invoqués faisaient état de la circulaire de 1942. Le Conseil d'Etat, après avoir considéré qu'en l'absence de disposition législative prohibant au mari et à la femme d'exercer simultanément les professions médicale et pharmaceutique dans la même localité, la circulaire ne pouvait ériger cette interdiction, affirme avec netteté qu'une telle situation ne saurait être constitutive à elle seule du compérage interdit.

L'arrêt prend soin cependant de relever que, « dans l'espèce, l'enquête de l'Inspecteur régional des pharmacies... n'apporte aucune preuve de nature à établir qu'il y a eu entre les époux une collusion interdite par l'article 34 de la loi du 11 septembre 1941 » : il est juste, en effet, que le mariage entre deux époux, l'un médecin l'autre pharmacien, ne puisse couvrir, le cas échéant, l'existence d'une collusion interdite, au cas où la preuve pourrait en être fournie.

(1) C. E. 1^{er} févr. 1946, Rec. 1946, p. 33; J. C. P. 1947, J. 3376, note DELPECH.

7. Incidences du régime matrimonial des époux sur le problème du salaire du conjoint du pharmacien.

Est-il possible, lorsque l'un des conjoints participe à l'exploitation dont son époux est titulaire (en particulier exerce les fonctions de pharmacien assistant, ou de préparateur ou de vendeur dans l'officine gérée par ce dernier) de lui faire reconnaître la qualité de salarié? (1).

Le problème présente un intérêt tant du point de vue fiscal que du point de vue social.

Si l'on peut déduire du bénéfice de l'entreprise le salaire du conjoint, il en résultera un avantage fiscal non négligeable. Naturellement, le montant de ce salaire devra être réintégré dans la catégorie « traitements et salaires » pour le calcul de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, néanmoins cette solution permettra de réaliser une « économie d'impôts » non négligeable.

Or, la possibilité pour le conjoint qui participe à l'exploitation gérée par son époux de prétendre à une rémunération est fonction du régime matrimonial des époux.

1° Envisageons le cas d'une exploitation individuelle. Si les époux se trouvent mariés sous un régime exclusif de communauté, particulièrement sous le régime de séparation de biens, la rémunération est admise en déduction du bénéfice, à titre de frais généraux, quel que soit son montant, à la condition, bien entendu, qu'elle corresponde à un travail effectivement fourni et que ce salaire soit soumis au versement forfaitaire de 5 % et aux cotisations de Sécurité Sociale. Mais si les époux sont mariés sous un régime de communauté, le salaire n'est déductible des bénéfices industriels et commerciaux que dans la limite de 1 500 F par an, ce chiffre n'ayant pas été modifié depuis la date à laquelle il a été adopté, c'est-à-dire le 13 mai 1948 ! (2). Encore faut-il que la rémunération effectivement versée au conjoint soit égale au moins au salaire normal de sa catégorie professionnelle, donc largement supérieure à la limite déductible, et que ce salaire ait donné lieu au versement forfaitaire de 5 % (sur la base de 1 500 F par an) (3) et aux cotisations sociales, ceci sans aucune limitation, mais sur la base du montant du salaire réel ! Il n'y a jamais lieu de distinguer selon que l'exploitant est imposé d'après le bénéfice réel ou le forfait qui est établi en tenant compte de toutes les charges du contribuable.

(1) Voir M^e DANRE : « La femme collaboratrice de son mari chef d'entreprise », rapport présenté au 56^e Congrès des Notaires de France à Vichy, juin 1958.

(2) Loi du 13 mai 1948 n° 48.809, dont l'art. 4 a été incorporé à l'art. 154 du Code Général des Impôts - Rép. Minist. Guy MOLLET, dép. J. O. 2 mai 1958, Déb. Ass. Nat. p. 2219, n° 10 479.

(3) Rép. Minist. J. O. 6 déc. 1951, Déb. Ass. Nat. n° 1107.

Le régime défavorable qui est celui des époux communs en biens se justifie « par le fait qu'en raison de l'étroite communauté d'intérêts existant entre les époux communs en biens, celui d'entre eux qui travaille dans l'entreprise de l'autre doit, en principe, être regardé comme participant en fait à l'exploitation de cette entreprise sur les produits de laquelle il a un droit de copropriété. Son travail trouve donc — comme celui de son conjoint — sa rémunération normale dans la part qui lui revient dans les bénéfices de l'exploitation commune et, par suite, cette rémunération présente le caractère d'une distribution de bénéfices et non d'une véritable charge d'exploitation » (1).

Et « la circonstance que l'un des époux soit employé dans l'officine de son conjoint en qualité de pharmacien assistant, en application de l'article L 579 du Code de la Santé publique, n'est pas de nature à écarter « les dispositions » suivant lesquelles le salaire du conjoint participant effectivement à l'exercice de la profession ne peut être déduit du bénéfice imposable des contribuables mariés sous un régime de communauté que dans la limite de 1 500 F » (2).

Il n'est pas possible de dire a priori que, en toutes circonstances, les conjoints séparés de biens auront intérêt à conférer à l'un d'eux la qualité de salarié et que les époux communs feront bien de s'en abstenir, la solution mérite d'être étudiée en fonction de chaque cas particulier et il est toujours utile d'opérer le calcul des avantages et inconvénients de chaque système comparativement, avantages et inconvénients qui varient en particulier en fonction de la catégorie professionnelle à laquelle appartient le conjoint. Mais on peut affirmer que, dans la plupart des cas, la solution consistant à attribuer un salaire au conjoint n'est avantageuse, du point de vue fiscal, que si les époux se trouvent mariés sous un régime de séparation de biens.

Toutefois, en supposant que les charges soient égales, il peut être avantageux pour le conjoint de se voir reconnaître la qualité de salarié qui va lui permettre de prétendre au bénéfice des prestations de la Sécurité Sociale pour lui-même et ses enfants dans des conditions plus avantageuses, et de se constituer une retraite, surtout s'il exerce des fonctions de direction lui conférant le droit à une retraite complémentaire de la Caisse des Cadres.

Quelle est donc la position des organismes sociaux et le conjoint salarié peut-il obtenir son affiliation à la Sécurité Sociale et bénéficier ainsi des prestations pour lui-même et ses enfants?

L'article 241 du Code de la Sécurité Sociale semble indiquer une

(1) Rép. J. O. 1^{er} fév. 1964, Déb. Ass. Nat. p. 211, n° 6.388.

(2) Rép. J. O. 1^{er} fév. 1964, Déb. Ass. Nat. p. 210, n° 6.225

réponse affirmative (1), que précise l'article 243 qui vise précisément le cas du conjoint salarié (2) : si celui-ci remplit la double condition d'une participation effective et constante à l'activité de l'entreprise et d'une rémunération au moins égale au salaire minimum interprofessionnel garanti, l'article 243 reconnaît son droit à une affiliation au régime général de la Sécurité Sociale.

En fait, les Caisses se montrent réticentes ou hostiles, peut-être par méfiance en ce qui concerne l'existence réelle du travail fourni et celle du salaire effectivement versé. Elles exigent du demandeur, par application de l'article 241, la preuve de l'existence d'un lien de subordination entre le conjoint employeur et le conjoint salarié (3), lien qui caractérise le contrat de louage de service, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation, que ce demandeur soit le mari ou la femme.

Cette exigence a été justement critiquée (4) : si l'article 241 contient des dispositions générales et concerne tout salarié, l'article 243 a « précisément pour objet de supprimer les difficultés d'application de ce critère » d'existence ou d'absence d'un lien de subordination « en ce qui concerne particulièrement le conjoint participant à l'entreprise », comme « c'est le cas, par exemple, de certains gérants de sociétés à responsabilité limitée, des présidents directeurs généraux des sociétés anonymes, et même, depuis 1957, celui des écrivains, non salariés, ...visés par l'article 242 ». « On sait bien qu'entre conjoints, cette preuve est particulièrement difficile à rapporter et c'est, à notre avis, pour ce motif que le législateur ... a pris soin de définir lui-même le critère à appliquer, à savoir : exercice effectif de la profession, et perception d'un salaire normal ». D'ailleurs, « par définition, tout salarié exerce une profession et perçoit un salaire, on ne voit donc pas quelle serait l'utilité de l'article 243 si ce n'était, précisément, d'éviter l'application du critère général de l'article 241 au cas particulier du conjoint ».

(1) Art. 241 du Code de la Sécurité Sociale : « Sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes de nationalité française de l'un ou l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat ».

(2) Art. 243 du Code de la Sécurité sociale : « Le conjoint participant à l'entreprise ou à l'activité d'un travailleur non salarié ne peut être assujéti en ce qui le concerne au régime général des assurances sociales, ni bénéficier des prestations familiales ou de la législation des accidents du travail en qualité de travailleur salarié ou assimilé que s'il remplit les conditions suivantes :

a) participer effectivement à l'entreprise ou à l'activité à titre professionnel et constant ;

b) bénéficier d'une rémunération au moins égale au salaire minimum interprofessionnel garanti telle qu'elle serait acquise par un travailleur occupé pendant la durée hebdomadaire réglementaire de travail prévue pour la profession exercée par le conjoint et correspondant, d'autre part, le cas échéant, au salaire normal de sa catégorie professionnelle... ».

(3) Circulaire ministérielle 100 SS du 16 juil. 1952 - Rép. minist. n° 2276 J. O. Ass. Nat. 25 juil. 1956.

(4) TENENBAUM, Le Moniteur, janv. 1962, n° 498.

Dans l'hypothèse qui concerne l'exploitation d'une officine, le titulaire tenu à l'exercice personnel tel qu'il résulte des articles L 579 du Code de la Santé publique et R 5015-11 du Code de Déontologie, doit « préparer et délivrer lui-même les médicaments » ou « surveiller attentivement l'exécution de tous les actes pharmaceutiques qu'il n'accomplit pas lui-même » ; cette surveillance englobe par conséquent le conjoint salarié, ce qui entraîne corrélativement chez ce dernier l'établissement d'un lien de subordination, dont l'existence devrait se trouver ipso facto établie.

Une décision de la Commission de Première Instance de Sécurité Sociale de Paris, en date du 25 novembre 1958 (confirmée depuis par la 18^e chambre de la Cour d'appel de Paris, le 15 décembre 1959) (1) s'exprime ainsi, à propos d'un mari travaillant comme salarié dans l'officine de son épouse : « Attendu.... que de toute évidence B... reçoit nécessairement ordres et instructions de son conjoint, seul maître de l'affaire, qu'il faut, du reste, observer avec pertinence que la responsabilité professionnelle de son épouse est constante, qu'elle est inhérente à la profession même de pharmacien et aux responsabilités civile et pénale qui s'y attachent ».... Dans le même sens, la Commission de Première Instance de Sécurité Sociale de Nancy (5 octobre et 16 novembre 1959) (1) devait reconnaître à un diplômé, devenu pharmacien assistant dans l'officine dont son épouse était titulaire, la qualité de salarié, attendu que celui-ci exerçait son activité sous le « contrôle » de sa femme, « le diplôme de pharmacien du mari ne s'opposant nullement à ce que celui-ci reçoive des instructions de la femme qui, titulaire de l'officine, doit, aux termes de l'article L 579 du Code de la Santé publique, exercer personnellement sa profession ; — que l'exercice personnel de la profession consisterait, aux termes de l'article R 5015-11 en la surveillance attentive de l'exécution de tous les actes pharmaceutiques que le titulaire n'accomplit pas lui-même ; — qu'il découlerait de ces dispositions que le pharmacien titulaire est seul responsable de son officine et qu'en cas de faute, sa responsabilité exclusive est engagée, tant sur le plan pénal, civil, que disciplinaire (article 5015-16) ; — que cette triple responsabilité qui pèserait sur Mme T... exigerait de sa part une présence et un contrôle constants de tous les actes faits dans l'officine, y compris ceux qui sont effectués par son mari ».

Un arrêt rendu le 7 février 1962 par la Cour d'Appel de Nancy (2) écarte, en revanche, l'assujettissement à la Sécurité Sociale du conjoint d'un pharmacien ; les juges ont estimé que celui-ci, salarié de son épouse et participant d'une manière effective et permanente à la marche

(1) TENENBAUM, *Le Moniteur*, janv. 1962, n° 498.

(2) Nancy, chambre sociale, 7 fév. 1962, *Bulletin Juridique de la Fédération Nationale des Organismes de Sécurité Sociale* n° 32. 1962.

de l'officine, ne se trouve pas, bien que recevant un salaire comptabilisé, dans l'état de subordination d'un salarié, mais dans la situation d'un collaborateur travaillant dans des conditions d'indépendance technique identiques à celles de son prétendu employeur, attendu qu'il possède des fonctions de direction et que notamment il dispose en permanence de la signature commerciale et d'une procuration pour toutes opérations bancaires.

Pour la Cour de Nancy, par conséquent, l'existence d'un lien de subordination est susceptible d'être contestée lorsqu'existent des circonstances exceptionnelles de nature à fournir la preuve d'une participation effective du salarié aux fonctions de direction.

La 2^e section de la chambre civile de la Cour de Cassation a eu récemment, le 15 juin 1963, l'occasion de se prononcer sur la démonstration de l'existence du lien de subordination, à propos d'un ménage de pharmaciens. Nous reproduisons une partie du texte de cet arrêt qui, nous semble-t-il, est resté inédit jusqu'à présent : les magistrats de la Cour suprême reprennent à leur compte les arguments relevés par les juges d'appel, en rejetant le pourvoi qui était formé : « attendu que les juges d'appel constatent que si les époux G., mariés sous le régime de la séparation de biens, ont obtenu l'un comme l'autre le diplôme de pharmacien, le mari possède des titres universitaires et hospitaliers qui attestent une formation professionnelle et une culture scientifique élevées et dirige une pharmacie importante dont il est seul propriétaire et qui exige la présence de plusieurs employés, alors que la femme n'est inscrite au tableau de la section D de l'Ordre des Pharmaciens qu'en qualité de pharmacien adjoint ; que dame G. reçoit de son mari une rémunération de pharmacien assistant depuis le 1^{er} avril 1957 et que son salaire est conforme à celui prévu par la convention collective concernant les employés de cette catégorie ; qu'elle exerce effectivement son activité de pharmacien assistant les lundi et samedi de huit heures à midi et de quatorze à dix-neuf heures ; que sa qualité de pharmacien assistant et aussi le fait qu'elle est plus spécialement chargée des ventes et de la comptabilité impliquent qu'elle travaille sous le contrôle de son mari, qui, dirigeant l'ensemble des services de la pharmacie, donne à son épouse comme aux autres employés les instructions nécessaires ; Attendu que la Cour d'Appel observe, de plus, que le domicile des époux G. se trouvant à une certaine distance de l'officine, dame G. est obligée de quitter son foyer pour se rendre à la pharmacie, ce qui la met dans l'impossibilité de vaquer à ses occupations domestiques et familiales pendant ses heures de travail, circonstance qui concourt à démontrer que l'intéressée tient effectivement un emploi exigeant une qualification et ne se borne pas à assister son mari dans le cadre de l'entraide familiale »....

2^o Envisageons maintenant le cas où l'entreprise se trouve exploitée sous forme sociale. En principe, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux, il n'existe aucune limitation à la déduction du

salaire (1). Cependant, dans le cas d'une société de personnes (qui, dans le cas d'une officine, ne peut être qu'une société en nom collectif) n'ayant pas opté pour le régime des sociétés de capitaux, ou bien d'une société à responsabilité limitée ayant opté pour le régime des sociétés de personnes, le Fisc peut, en tenant compte des circonstances particulières, estimer qu'il existe, lorsque les époux sont mariés sous un régime communautaire, une communauté d'intérêts étroite entre le conjoint salarié, l'époux associé et la société (2), de telle sorte que le conjoint salarié est considéré comme associé de fait, son salaire ne pouvant alors figurer comme charges d'exploitation déductibles (3). Au contraire, dans le cas des sociétés imposables à l'impôt sur les sociétés, les appointements du conjoint sont toujours déductibles cela même dans le cas d'une société à responsabilité limitée où l'époux associé-gérant possède la majorité des parts sociales.

*
**

(1) Rép. minist. J. O. 15 juil. 1928, Déb. ch. p. 2528 - C. E. 20 janv. 1936, n° 46.243.

(2) C. E. 30 juil. 1945, req. n° 71.196. Il en est ainsi dans le cas d'une société en nom collectif de trois membres, constituée entre un père et ses deux filles, ayant chacun une part du capital social sensiblement égale, lorsqu'est alloué un traitement au mari de l'une de ces dernières, dès lors qu'il est marié sous un régime de communauté réduite aux acquêts et a ainsi, à la fois, l'administration des biens de sa femme et la jouissance des revenus des droits sociaux de celle-ci, qu'il est directeur général de la société avec les pouvoirs les plus étendus et dispose par conséquent d'une action directe sur la marche de cette dernière et que son traitement, qui emporte une participation très importante aux bénéfices nets a été fixé en fonction de sa situation familiale.

(3) Rép. minist. J. O. 25 fév. 1961, Déb. Ass. Nat. p. 207 n° 8.092, 10 juin 1961, Déb. Ass. Nat. p. 993, n° 9272 et 15 déc. 1961, Déb. Ass. Nat. p. 5.647 n° 12.264.

III^e PARTIE

LA DEVOLUTION DU FONDS D'OFFICINE AU MOMENT DE LA LIQUIDATION DU REGIME MATRIMONIAL

Le problème de la liquidation du régime matrimonial des époux ne peut être esquissé avec quelque exactitude qu'en le reliant à celui de la dévolution successorale des biens du prédécédé. En effet, dans le cas le plus général où la liquidation du régime matrimonial se produit à la suite du décès de l'un des époux, la situation faite au conjoint survivant va dépendre à la fois de ces deux règlements de partage. Dans les pays anglo-saxons, où le régime de séparation de biens est d'un emploi assez général, les droits successoraux du conjoint survivant sont infiniment plus importants qu'ils ne le sont en France où, dans les régimes communautaires qui emportent l'adhésion quasi-unanime des époux, le conjoint survivant se voit attribuer avant tout règlement de la succession du prémourant une partie importante des acquêts tout au moins.

La part successorale du conjoint est traditionnellement faible, en droit français, sur les biens propres au prédécédé : le conjoint n'appartient pas à la famille par le sang, et par lui, les biens d'une famille pourraient se trouver dévolus à une autre famille (1). Cependant, une évolution considérable s'est produite depuis la rédaction du Code civil ; parmi les idées que l'on peut rendre responsables de cette évolution, citons en particulier celle d'une transformation de l'obligation alimentaire et du devoir d'assistance du défunt en une vocation successorale du créancier d'aliments ainsi qu'un souci plus grand de respecter l'ordre présumé des affections du défunt.

Mais la préoccupation d'une conservation des biens au sein de la famille, bien qu'atténuée en raison notamment de l'instabilité de plus en plus grande des fortunes et surtout de l'évolution de la notion

(1) Il a fallu attendre l'ordonnance du 23 décembre 1958 n° 58.1307 pour que le conjoint se vit reconnaître la qualité d'héritier saisi de plein droit, alors qu'il n'était considéré auparavant qu'en tant que successeur irrégulier. (Art. 724 C. civ.).

politique de la famille qui tend à se restreindre de plus en plus au « ménage », se manifeste encore par la préférence du législateur pour un droit successoral consistant en un usufruit plutôt qu'en la pleine propriété des biens dévolus au survivant, ceci malgré les inconvénients souvent signalés de l'usufruit et le danger pouvant résulter de l'incapacité, de la négligence, voire de la mauvaise foi de l'usufruitier.

Des réformes successives ont augmenté la part de cet usufruit, qui n'est cependant que du quart de la succession en présence d'enfants sans pouvoir excéder une part d'enfant légitime le moins prenant si les enfants sont issus d'un précédent mariage ou de la moitié en présence d'enfants naturels ou descendants légitimes d'enfants naturels d'ascendants, de frères et sœurs et de leurs descendants. La dernière amélioration du sort du conjoint survivant en cas de dévolution ab intestat résulte de la loi du 26 mars 1957 : celui-ci succède à la totalité de la succession lorsque le défunt ne laisse que des collatéraux ordinaires et à la moitié lorsque ceci se produit dans une seule ligne paternelle ou maternelle. Ces dispositions font l'objet de l'article 767 du Code civil.

Une proposition de loi récente (1), déposée par M. TOMASINI, député, va jusqu'à reconnaître au conjoint survivant, en l'absence de disposition testamentaire, un usufruit portant sur la moitié de la succession du prédécédé en présence des descendants, ascendants ou collatéraux privilégiés, et sur la totalité dans tous les autres cas ; la même proposition de loi lui confère, en outre, une réserve égale à la moitié du montant de sa part d'usufruit.

Mais c'est dans le domaine des libéralités entre époux que vient d'être apportée récemment l'amélioration la plus sensible à la condition du conjoint survivant par une loi du 13 juillet 1963 (2) (3).

En premier lieu, le nouveau texte modifie le deuxième alinéa de l'article 1094 du Code civil qui règle la quotité disponible entre époux : il prévoit désormais trois quotités entre lesquelles pourra s'exercer le choix du conjoint testateur ou donateur :

- soit la quotité disponible en propriété dont il serait possible de disposer en faveur d'un étranger (4) ;
- soit l'usufruit de la totalité des biens de la succession ;

(1) Assemblée Nationale, deuxième session ordinaire de 1962-1963, n° 317.

(2) Loi n° 63.699.

(3) Il convient toutefois de tenir compte du fait qu'il s'ouvre beaucoup plus de successions ab intestat que de successions testamentaires. Selon SEBAG (« La méthode quantitative en droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux », D. 1963, chr. p. 211) : « en 1958, par exemple, on peut admettre qu'il y a eu environ quinze testateurs ou instituants pour cent de cujus ».

(4) C'est-à-dire, lorsqu'il existe des descendants, la moitié de l'actif successoral en présence d'un enfant, le tiers en présence de deux enfants, le quart en présence de trois enfants et plus.

- soit le quart en propriété et les trois quarts en usufruit des mêmes biens (1) (2).

Répondant au souci de protéger les descendants contre les inconvénients d'un usufruit dont la durée pourrait être fort longue ou surtout dangereuse en raison de la nature des biens qui en font l'objet ou de la personnalité de l'usufruitier, la loi ouvre au descendant nu-propriétaire, en ce qui concerne sa part de succession, le droit de demander la conversion de cet usufruit en une rente viagère lorsque le de cujus a disposé de plus de la moitié des biens de son patrimoine, soit en propriété et en usufruit, soit en usufruit seulement (3).

Enfin, une importante innovation résulte de la loi du 13 juillet 1963 qui exige du débiteur la garantie du maintien de l'équivalence initiale de la rente à l'usufruit. Car l'usufruitier avait l'espoir que le revenu de son patrimoine suivrait au moins partiellement l'augmentation du coût de la vie; muni d'une rente viagère fixe, il se trouve réduit aux aléas des fluctuations monétaires que viennent corriger de temps à autre les dispositions législatives toujours tardives (4). Le texte prévoit donc l'indexation de ces rentes en les assimilant à des dettes d'aliments.

Pour éviter une disparité de situations, le texte étend ces dispositions à celles qui visent la conversion de l'usufruit légal du conjoint survivant: l'article 767 al. 11 du Code civil stipule désormais: « Jusqu'au partage définitif, les héritiers peuvent exiger, moyennant sûretés

(1) Les travaux préparatoires ne manquent pas de souligner les difficultés que ce texte est susceptible d'entraîner: « en cas de réduction d'une donation ou d'un legs consenti pour partie en pleine propriété et pour partie en usufruit, on pourra se demander à quelle quotité on va ramener la disposition excessive: la quotité en pleine propriété ou la quotité mixte en usufruit et pleine propriété? Lorsque le disposant aura gratifié en même temps son conjoint et un enfant ou un étranger, comment s'opèrera le concours des deux quotités? » (Rapport de M. MOLLE en deuxième lecture, Sénat 143, 2^e session ordinaire de 1962-1963). M. COLETTE, dans son rapport à l'Assemblée Nationale (Rapport de M. COLETTE, n° 221) indiquait que la solution serait trouvée par la pratique notariale et par la jurisprudence en tenant compte au maximum de la volonté du disposant, le texte légal ne pouvant prévoir toutes les hypothèses sur un sujet aussi complexe.

(2) L'existence d'enfants d'un premier lit entraîne l'application d'un régime spécial qui est prévu par l'article 1098 du Code civil, également modifié par la loi du 13 juillet 1963.

(3) Une exception est faite en ce qui concerne l'usufruit du local d'habitation dans lequel le conjoint gratifié avait sa résidence principale à l'époque du décès, ainsi que les meubles meublants garnissant ce local: un tel usufruit ne pourra pas faire l'objet d'une demande de conversion. Tous les praticiens connaissent la crainte des époux de se voir, au moment du décès du premier d'entre eux, contraints à quitter le domicile commun et à se séparer de tout ou partie du mobilier qu'il contient; cette disposition s'insère dans l'orientation de la législation actuelle qui prévoit l'attribution préférentielle du local d'habitation.

(4) Les dernières modifications de la loi fondamentale du 25 mars 1949, loi n° 49.420, datent du 23 février 1963 (art. 15 de la loi n° 63.628).

suffisantes et garanties du maintien de l'équivalence initiale, que l'usufruit de l'époux survivant soit converti en une rente viagère équivalente. S'ils sont en désaccord, la conversion sera facultative pour les tribunaux » (1).

Il est important de noter ici que la conversion prévue au titre de l'article 767 exige l'unanimité des héritiers, unanimité à défaut de laquelle la conversion est facultative pour le tribunal dont la décision qui l'accorde ou la refuse s'impose ensuite à tous ; tandis que, nous l'avons vu, la faculté de conversion prévue au titre de l'article 1094, est accordée à chaque héritier individuellement. On peut expliquer cette différence principalement par le fait que l'usufruit légal porte sur une partie assez faible du patrimoine, ce qui ne justifierait pas les difficultés que peut faire naître l'adoption de solutions différentes par les cohéritiers.

Une dernière amélioration à la situation faite à l'époux survivant devait résulter de la loi du 6 novembre 1963 (2) qui, abrogeant l'article 1097 du Code civil, laisse ainsi les époux libres de se consentir pendant le mariage une donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. Elle autorise expressément la clause de réversion au conjoint survivant de la rente viagère consentie lors de la vente d'un bien commun ou propre, en présumant que, sauf volonté contraire exprimée par les parties, la réversibilité suivra le régime d'une libéralité.

Un effort considérable vient d'être réalisé pour permettre au survivant des époux de conserver le niveau de vie qu'il possédait pendant le mariage (3). Il est indispensable de tenir compte de ces avantages pour examiner les différents problèmes soulevés par la liquidation des divers régimes matrimoniaux. Car, si la liquidation d'une communauté

(1) En l'absence de la précision apportée par la loi nouvelle qui exige de l'héritier les « garanties du maintien de l'équivalence initiale », certaines décisions avaient admis qu'une rente viagère constituée dans de telles conditions pouvait être indexée Lyon 21 juil. 1943, J. C. P. 1943, II. 2479 ; Trib. civ. Aix 3 mars 1953, S. 1953. 2. 159, tandis que d'autres se prononçaient en sens contraire (Trib. civ. Valognes 28 juil. 1949, D. 117, note de M. WEILL). C'est dans le même sens négatif que devait statuer la Cour suprême (Civ. I, 7 juin 1961, D. 1961. 607) : une crédière dont l'usufruit s'était trouvé ainsi converti ayant fait pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel qui lui refusait l'indexation de cette rente à vu ses prétentions repoussées. La Cour de Cassation renvoie l'usufruitière aux lois qui valorisent déjà les rentes viagères existantes : les tribunaux ne pourraient substituer à la volonté du législateur un mode de revalorisation jugé par eux plus opportun. Cet arrêt avait été violemment critiqué par R. SAVATIER (D. 1962, Chr. 45. Voir aussi, par le même auteur : Rev. trim. dr. civ. 1950, 210 et 1961, 708).

(2) Loi n° 63-1092.

(3) Un tarif spécial a été institué pour la perception des droits de succession entre époux (art. 770 et 774 du Code général des Impôts) : il est prévu un abattement de 100 000 F sur lequel rien n'est perçu ; au delà, les droits sont de : 5 % sur la fraction imposable n'excédant pas 50 000 F, 10 % sur la fraction imposable comprise entre 50 000 F et 100 000 F, 15 % sur la fraction imposable excédant 100 000 F.

doit être opérée préalablement et séparément à celle de la succession du prémourant, il s'agira en fait le plus souvent de deux opérations menées de façon parallèle afin d'aboutir à un résultat satisfaisant à la fois le conjoint survivant et les autres héritiers du prédécédé, et ce principalement lorsqu'il existe une entreprise à caractère familial dont la dévolution se fait généralement à la suite d'un accord entre les divers intéressés. En particulier, le conjoint survivant pourra revendiquer un fonds d'officine soit par le simple jeu de son régime matrimonial, soit par application des règles régissant les successions ab intestat et les libéralités entre vifs ou à cause de mort, soit par leur judicieuse combinaison.

Les limites de notre sujet ne nous permettent cependant pas d'envisager toutes les hypothèses et cette étude prétend seulement mettre l'accent sur les principales difficultés que rencontre l'application du droit civil face aux règles impératives de la législation professionnelle telle que l'application des dispositions concernant l'exercice d'un usufruit portant sur un fonds d'officine, ou bien l'utilisation des moyens légaux permettant à un diplômé de conserver son officine au moment de la dissolution de son régime matrimonial.

1. — L'attribution au conjoint survivant d'un droit d'usufruit portant sur un fonds d'officine.

Diverses clauses, insérées assez fréquemment, au moins en certaines régions, dans un contrat de mariage communautaire, permettent d'accorder au survivant des époux l'usufruit de tout ou partie des biens composant la part de communauté de l'époux prédécédé.

De nouveaux textes viennent d'étendre les facilités accordées aux époux de se constituer entre eux des libéralités à cause de mort.

Enfin, un usufruit légal existe qu'une proposition de loi, nous l'avons vu, prévoit d'étendre à la moitié des biens du de cujus en présence de descendants, d'ascendants ou de collatéraux privilégiés et à la totalité dans tous les autres cas.

En des situations de plus en plus fréquentes, le conjoint survivant pourra ainsi se trouver usufruitier d'une officine. Lorsque celui-ci possède les conditions requises pour l'exercice de la profession de pharmacien, cette seule qualité d'usufruitier va-t-elle lui permettre de gérer l'entreprise pharmaceutique ?

Devant le mutisme des textes POPLAWSKI (1) estime licite que l'usufruitier d'une officine en réalise l'exploitation puisqu'il possède

(1) POPLAWSKI, *Traité de droit pharmaceutique*, p. 297.

les droits d'usage et de jouissance sur l'objet de son usufruit, ces droits lui donnant l'indépendance requise pour exercer la pharmacie ; en revanche, le nu-propriétaire qui ne conserve que le droit de disposition, peut n'être pas pharmacien et conserver la nu-propriété jusqu'à la fin de l'usufruit ; s'il est pharmacien, il pourra posséder et exploiter une autre officine. A la fin de l'usufruit, si le nu-propriétaire n'est pas pharmacien ou s'il est diplômé mais exploite une seconde officine qu'il désire conserver, il se verra dans l'obligation d'aliéner l'officine sur laquelle il possède désormais tous les attributs de propriété et, POPLAWSKI, par analogie avec les dispositions légales en matière de gérance après décès, lui accorde un délai d'un an pour ce faire.

En fait, il nous paraît difficile d'admettre qu'un simple droit viager puisse remplacer le droit de propriété exigé par l'article 575 du Code de la Santé publique pour le titulaire d'une officine ; le Code civil, dans son article 578, définit l'usufruit comme « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété » ; le véritable propriétaire est bien le nu-propriétaire ; or il n'est pas question d'autoriser le nu-propriétaire à être titulaire puisqu'il ne possède pas usage et jouissance.

Or si l'usufruitier qui détient précisément usage et jouissance exploite l'officine qui est l'objet de son usufruit, le nu-propriétaire, s'il est pharmacien, va pouvoir exploiter une seconde officine et se trouver par conséquent juridiquement propriétaire de deux officines, état parfaitement répréhensible. Et la situation paraît encore plus choquante si le nu-propriétaire d'une pharmacie, n'est pas pharmacien, un non diplômé se trouvant alors reconnu seul véritable propriétaire.

Si un pharmacien vient à acquérir l'usufruit seul ou la seule nue-propriété d'une officine dont il désire effectuer lui-même l'exploitation, la solution satisfaisante pour lui consiste donc à racheter le droit qui lui manque afin de réunir dans les mêmes mains tous les attributs du droit de propriété. Usufruit et nue-propriété pourraient également être cédés à un même acheteur diplômé.

Dans le cas où le nu-propriétaire est pharmacien, l'acquisition de l'usufruit qui lui fait défaut pourra résulter de la conversion de ce dernier en une rente viagère indexée : l'usufruitier verra ainsi son droit viager remplacé par une rente également viagère dont les arrérages suivront convenablement les fluctuations du coût de la vie cependant que le nu-propriétaire pourra effectuer l'exploitation de l'entreprise pharmaceutique en respectant pleinement les règles de l'exercice de sa profession.

Lorsque l'usufruitier et le nu-propriétaire, tous deux diplômés, désirent participer à l'exploitation de l'officine, la solution la plus convenable paraît être la constitution entre eux d'une société commerciale.

Ces deux derniers points appellent quelques brefs commentaires.

a) Conversion de l'usufruit en une rente viagère indexée:

Nous avons vu que les héritiers peuvent exiger, jusqu'au partage définitif, la conversion de l'usufruit légal du conjoint survivant en une rente viagère équivalente, moyennant sûretés suffisantes et garanties du maintien de l'équivalence initiale; à défaut d'unanimité entre les cohéritiers, la conversion est facultative pour le tribunal. La conversion de l'usufruit conféré par le conjoint testateur ou donateur en vertu de l'article 1094 du Code civil peut, en revanche, être obtenue sur la demande d'un seul héritier.

Selon le rapport fait par M. MOLLE au Sénat, en deuxième lecture (1), la question s'est même posée « de savoir si le procédé ne devait pas être généralisé, c'est-à-dire si son application ne devait pas être automatique et devenir le droit commun. L'usufruit serait donc ou complètement prohibé ou limité aux cas où le disposant le stipulerait expressément ». L'auteur exprime excellemment quels sont les motifs qui ont fait rejeter cette solution : « La rente viagère, si elle n'a pas, comme l'usufruit, l'inconvénient de laisser l'exploitation des biens entre les mains de quelqu'un dont l'intérêt est de prélever le revenu le plus élevé possible, ou d'un titulaire qui du fait de son âge n'a plus la capacité ou l'esprit d'entreprise nécessaire pour faire fructifier les biens dans les meilleures conditions, présente d'autres inconvénients, tant pour le créancier que pour le débiteur. Le premier, en effet, se trouve en quelque sorte sous la dépendance du débiteur de qui il doit attendre le versement, à qui il doit le réclamer en cas de défaillance, au besoin par justice... Une certaine fierté bien compréhensible fait que le survivant des conjoints préférera jouir des biens lui-même et n'avoir pas à attendre ses revenus de l'activité de ses descendants. Quant au débiteur, il se trouvera parfois dans une situation difficile si les biens recueillis par lui sont ou deviennent improductifs; sa faculté de disposer de ces biens, avantage recherché par la conversion, sera néanmoins limitée en raison des garanties qu'il devra fournir et qui grèveront ceux-ci... Enfin, si en théorie la solution est séduisante, elle va, dans la pratique, entraîner lors de l'ouverture de la succession, une discussion délicate sur le montant de la rente, alors que l'usufruit a le mérite de maintenir les choses en l'état. L'intérêt de la paix des familles paraît donc bien exiger de limiter la conversion aux cas où les intéressés en sentent vraiment la nécessité ».

Il n'est donc pas possible d'envisager une application extensive de telles dispositions à des cas non expressément prévus par elles. En particulier, une conversion en rente viagère ne pourrait être obtenue contre le gré d'un conjoint survivant, usufruitier en vertu de l'application des règles prévues au contrat de mariage.

(1) Sénat 143, 2^e session ordinaire de 1962-63.

Mais il reste toujours loisible à l'usufruitier de consentir à une telle conversion en particulier dans le cas où l'exercice de son usufruit se heurte à des dispositions légales qui, pensons-nous, constituent un obstacle à cet exercice.

A quels indices se fier pour réaliser le maintien de l'équivalence initiale de la rente à l'usufruit?

L'article 79-3° de l'ordonnance du 30 décembre 1958 (1), modifié par l'ordonnance du 4 février 1959 (2), texte de portée générale qui définit les conditions de validité des clauses d'échelle mobile, exclut de son domaine d'application les conventions concernant les dettes d'aliments. Or, l'article 4 de la loi du 13 juillet 1963 assimile à des dettes d'aliments les rentes viagères constituées entre particuliers, « notamment en exécution des dispositions du dernier alinéa de l'article 767 du Code civil » (qui vise l'usufruit légal) « et de celles du troisième alinéa de l'article 1094 du même Code » (qui vise l'usufruit résultant d'un testament ou d'une donation). De telles rentes viagères pourront donc être librement indexées ; les parties ont ainsi la possibilité de se référer, soit à un indice se trouvant en relation avec l'activité de l'une d'elles ou l'objet de la convention, soit par exemple au salaire minimum interprofessionnel garanti ou à un indice général (celui des 173 articles ou des 250 articles). L'expression très large («notamment») employée par le législateur permet de penser que toutes les rentes viagères constituées entre particuliers suivent le régime des dettes d'aliments : il en serait ainsi en particulier de la rente obtenue par conversion amiable d'un usufruit accordé par le contrat de mariage.

La conversion de l'usufruit en rente viagère présente cependant des inconvénients tenant au régime fiscal des rentes entre particuliers, puisque le créancier devra comprendre les arrérages de la rente dans ses revenus pour le paiement de l'impôt sur le revenu des personnes physiques tandis que le débiteur n'est pas autorisé à les déduire, ce qui risque de limiter considérablement les applications pratiques de cette institution.

En particulier, lorsque l'usufruitier et le nu-propriétaire remplissent tous deux les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie, il est généralement préférable d'envisager une solution leur permettant d'effectuer cet exercice en commun.

h) Constitution d'une société commerciale entre l'usufruitier et le nu-propriétaire :

Les deux futurs associés apportant à la fois l'usufruit et la nue-propriété de l'officine, peuvent constituer une société en nom collectif ou à responsabilité limitée qui réunira tous les attributs de la pleine

(1) Ord. n° 58.1374.

(2) Ord. n° 59.246.

propriété de l'exploitation. Les associés reçoivent des parts sociales qui sont dévolues en fonction de l'évaluation des apports. La durée de la société peut ainsi être fixée indépendamment de celle de l'usufruit et en particulier dépasser la durée de l'usufruit, voire être de durée illimitée.

A la dissolution de la société, les parts attribuées à l'usufruitier conféreront les mêmes droits que les parts reconnues au nu-propriétaire, dont elles ne se différencient en rien.

Toutes ces solutions ont l'avantage d'être applicables également lorsque le conjoint survivant se voit attribuer l'usufruit non pas de la totalité d'une officine mais d'une partie indivise de cette dernière.

2. — Le sort des officines à la dissolution du régime matrimonial :

a) Le problème avant la loi du 19 décembre 1961:

Le sort des officines à la dissolution du régime matrimonial des époux ne pose pas de problèmes particuliers, en principe, dans le cas des régimes séparatistes ou même dans le cas des régimes communautaires lorsqu'elles constituent un bien propre au titulaire. En revanche, lorsqu'une officine constitue un bien commun, le problème de son attribution va se poser à la dissolution de la communauté soit par le décès de l'un des conjoints, soit à la suite d'un divorce ou d'une séparation de corps, soit encore par un jugement prononçant une séparation de biens à la demande de la femme, dans le cas où la gestion du mari mettrait en péril le patrimoine commun.

Lors de la liquidation qui précède le partage, tout bien commun doit être compté pour sa valeur au jour de la jouissance divise (1), et l'officine n'échappe pas à cette règle. Les fruits et revenus produits par les biens indivis pendant la durée de l'indivision figurent dans la masse partageable (2). Il en est de même pour la plus-value d'un fonds qui pourrait

(1) Civ. 20 nov. 1940, S. 1941. 1. 233, note BATIFFOL; J. C. P. 1942. 1597, note VOIRIN; 6 oct. 1941, J. C. P. 1942. 1794, note RADOUANT.

(2) AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, 6^e éd., t. VIII § 519, texte et note 3, t. x § 620 bis, texte et notes 4 à 6 - PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, Régimes matrimoniaux 2^e éd. vol. 2, n^o 743 et 841 - Civ. 20 juil. 1858, D. P. 1858. 1. 414; S. 1858. 1. 748 - Civ. 1^{er} juin 1891, D. P. 1892. 1. 212; S. 1891. 1. 401 - Civ. 23 mai 1905, D. P. 1906. 1. 369, note E. BOUTAUD; S. 1906. 1. 177, note A. TISSIER - Req. 27 janv. 1926, D. P. 1927. 1. 169, note M. NAST; S. 1926. 1. 110 - Paris 29 juin 1927, D. P. 1927. 2. 161, note H. CAPITANT. On peut trouver la justification de cette règle dans l'adage « accessorium sequitur principale », et surtout dans la volonté d'assurer l'égalité entre les copartageants : si, par suite de l'effet déclaratif du partage, un attributaire se voyait allouer, en sus de sa part, tous les fruits produits par le bien qui lui est décerné, cette part pourrait se trouver ainsi sensiblement augmentée.

être due en particulier à l'activité de l'époux gérant ce bien pendant la période d'indivision : cette plus-value profite aux indivisaires « à moins que le conjoint qui a continué l'exploitation ne se soit livré pour son compte personnel, à des opérations toutes nouvelles, ne rentrant pas nécessairement dans le fonctionnement habituel de la maison de commerce, mais exigeant des connaissances spéciales et un travail qui lui soit propre ». (1).

Lorsque les copartageants sont tous capables et tous d'accord, le partage se fait à l'amiable ; mais si certains copartageants ne possèdent pas la capacité juridique (et en particulier s'il y a des mineurs) ou bien s'ils ne peuvent réaliser entre eux un accord (ce qui se produit fréquemment dans le cas d'un divorce), on doit alors procéder au partage judiciaire.

Deux lots sont composés, qui sont attribués par voie de tirage au sort. L'article 832 du Code civil prescrit de réaliser, dans la mesure du possible, l'égalité en nature ; à défaut, il est alors procédé à une mise aux enchères publiques ou licitation.

Aussi les tribunaux peuvent-ils ordonner la licitation d'une officine du vivant même de son titulaire. Ainsi décidait par exemple le tribunal civil de Bordeaux (2) : « En l'absence de texte analogue à l'article 832 du Code civil concernant l'attribution des exploitations agricoles, il convient d'ordonner la licitation du fonds de commerce de pharmacie dépendant de la communauté et qui paraît représenter la totalité de l'actif commun, les dispositions de notre droit qui imposent de procéder au partage par voie d'allotissement et au tirage au sort des lots ne pouvant être respectés par l'attribution du fonds au conjoint du pharmacien ».

Une tentative intéressante a paru résulter d'un jugement du tribunal civil d'Aix (3) : il s'agissait d'un pharmacien marié sans contrat qui avait acquis postérieurement à son mariage une officine de pharmacie en remployant les fonds provenant de la vente d'une autre officine qu'il possédait antérieurement ; le mariage ayant été dissous par le divorce, la femme demandait la licitation de l'officine. Après avoir reconnu que, depuis la loi du 11 septembre 1941, la différence entre les officines de pharmacie et les offices ministériels s'était fortement atténuée, mais qu'on ne pouvait cependant conclure à une assimilation, le jugement s'efforçait d'éviter les conséquences de la mise aux enchères de l'officine : aucun texte ne rend obligatoire cette licitation, l'article 827 du Code civil ne l'exigeant que pour les immeubles ; or « le droit pour un indivisaire, faute de partage en nature possible,

(1) Civ. 28 avr. 1884, D. 1884. 1. 329 ; Req. 27 janv. 1926, D. P. 1927. 2. 161, note H. CAPITANT. Voir FLOUR, Plus-values et fruits de biens indivis, J. C. P. 1943, n° 336.

(2) Trib. civ. Bordeaux 17 juil. 1950, Gaz. Pal. 1950. 2. 254 ; D. 1951, som. 63.

(3) Trib. civ. Aix 22 janv. 1947, J. C. P. 47, iv éd. G. 99 et 102.

de soumettre le bien aux enchères publiques répond à une double nécessité : celle de résoudre l'attribution du bien impartageable à l'un des co-indivisaires malgré les prétentions égales des autres, et celle de fixer, avec le maximum de garanties, sa plus haute valeur vénale » ; en ce qui concerne l'attribution du bien, la femme ne pouvait y prétendre, ne possédant pas le diplôme ; dès lors que la licitation n'a « plus d'autre but légitime que de fixer cet élément de communauté à sa valeur maximum », il n'y aurait « lieu d'ordonner une mesure aussi grave, comportant le risque de dépouiller le sieur X d'un fonds dont le remplacement n'est pas certain dans l'immédiat et dont l'exploitation conditionne toute l'activité ; que s'il apparaissait à l'examen critique de l'expertise et notamment au regard d'engagements fermes de tiers acquéreurs éventuels qui pourraient être produits qu'elle ne donne pas de la valeur vénale de l'officine une appréciation exacte ». Et les juges désignaient un expert chargé de l'appréciation de la valeur vénale du fonds. Certes, ils reconnaissaient qu'une licitation s'imposerait si l'expertise ne donnait pas satisfaction, mais leur décision offre l'intérêt de réserver cette issue comme solution extrême et de sauvegarder dans toute la mesure du possible les intérêts légitimes du pharmacien titulaire sans léser ceux de son ex-conjoint.

Dans le même sens, la Cour de Cassation a admis, le 19 novembre 1958 (1) que le tribunal saisi du partage peut mettre l'officine dans le lot de son titulaire, à charge pour ce dernier de payer une soulte en espèces, la valeur ayant été déterminée par estimation, attendu que la licitation n'est « obligatoire que pour les immeubles » et qu'elle « n'aurait d'autre utilité que de fixer la valeur vénale de l'officine » : nous retrouvons les motifs exprimés par les juges d'Aix. Mais il semble bien que la Cour de Cassation se soit laissée impressionner par les circonstances : le pharmacien avait obtenu le divorce à son profit exclusif, or « une licitation aboutirait à l'éviction de l'époux pharmacien, alors que la rupture du lien conjugal était exclusivement imputable à son conjoint. » ESMEIN se demande s'il convient de voir là une « forme particulière donnée aux dommages-intérêts que l'article 301 al. 2 du Code civil permet d' « allouer à l'époux en réparation du préjudice que lui cause la dissolution du mariage par le divorce » (2). Surtout, cette

(1) Civ. 19 nov. 1958, D. 1959. 85, note ESMEIN ; J. C. P. 1959 n° 11.285.

(2) En cas de divorce, l'époux innocent, outre l'octroi d'une pension alimentaire réparant la perte du droit de secours, peut prétendre à des dommages intérêts en raison du préjudice qu'il subit. Parmi les motifs retenus comme justifiant l'octroi de ces dommages intérêts par un arrêt de la Cour de Cassation du 19 octobre 1955 (Doc. Phar. Jur. n° 1047), confirmant l'arrêt de la Cour d'Appel contre lequel pourvoi était formé, il est intéressant de noter le fait que l'épouse innocente ait contribué à l'essor commercial de l'officine de son conjoint : « Attendu que.... l'arrêt confirmatif attaqué énonce qu'il résulte des pièces non contestées du dossier que la pharmacie dont B... est propriétaire doit en grande partie sa prospérité à l'habile gestion de son épouse, que B... jusqu'au jour où il changea brutalement de conduite, entretenait sa

(suite page suivante)

décision « heurte une règle essentielle du droit de partage : le tirage au sort qui constitue une garantie de l'égalité entre les copartageants » (1) (2).

Il est toutefois intéressant de signaler deux décisions récentes rendues l'une par la Cour de Grenoble en 1961 (3) à propos d'un fonds de coiffure en faveur de l'époux seul titulaire du diplôme permettant d'exercer cette profession, l'autre par le tribunal de grande instance de Senlis en 1963 (4) en faveur d'un gérant de débit de tabac qui en réalisait « pratiquement seul » l'exploitation, décisions qui écartent la licitation en reprenant l'argumentation de la Cour suprême.

femme dans des conditions matérielles d'existence luxueuse et que le divorce a pour effet d'en priver désormais dame B.... Qu'en relevant ainsi, conformément aux dispositions de l'article 301 § 2 du Code civil, les éléments d'un préjudice matériel causé par la dissolution du mariage et indépendant de la perte du droit de secours... la Cour d'Appel..., loin de violer les dispositions du texte précité, en a fait, au contraire, une exacte application ».

(1) PORTEFAIX, l'Evolution pharmaceutique n° 158, nov. 1959.

(2) Une différence importante mérite d'être signalée entre le cas d'une officine et celui d'un laboratoire d'analyses médicales cette différence tient à la part prépondérante que joue l'élément personnel dans l'exploitation du second type d'entreprises. L'on a parfois reconnu au seul élément patrimonial le caractère d'un bien commun, à l'exclusion de l'élément personnel : le tribunal civil de Guingamp (15 déc. 1948, J. C. P. 1949. II. 4934, note SAVATIER) en concluait, à propos du problème très voisin d'un cabinet dentaire, que l'attributaire ne doit récompense à la communauté que pour la part des éléments corporels (instruments, appareils et objets mobiliers affectés à l'exploitation du cabinet) qui lui revenait; c'est au contraire la totalité de la valeur qui devait être réputée commune, ainsi que l'ont justement estimé le tribunal civil de Lille (1^{er} juin 1950, J. C. P. 1950. II. 5685, note BELLET) et sur appel la Cour de Douai (3 avr. 1951; J. C. P. 1951. II. 6529), chaque époux étant redevable à la masse commune de tous les produits de son activité.

Les juges de Guingamp (15 déc. 1948, J. C. P. 1949. II. 4934, note SAVATIER) pensaient encore que le caractère indivisible du bien commandait, devant l'impossibilité où l'on se trouvait de séparer les éléments propres et communs, son attribution préférentielle à l'époux qui exploitait. Une doctrine analogue émane d'un arrêt de la Cour de Paris qui devait affirmer, le 26 juin 1956 (Doc. pharm. Jur. n° 1023) qu'un fonds de laboratoire constitue « un objet d'une nature particulière ne pouvant être licité » et qu'« en conséquence » il y a lieu... de déclarer que lors du partage de la communauté, le notaire devra tenir compte à celle-ci de la valeur vénale dudit laboratoire » et de commettre des experts à l'effet de procéder à toutes évaluations relatives à la valeur vénale des divers éléments constituant le fonds de laboratoire.

On peut relever surtout que si une officine conserve une valeur pécuniaire appréciable lors d'une cession par son propriétaire, il n'en est pas toujours ainsi lors de la cession d'un laboratoire d'analyses médicales dont l'exploitation s'apparente à l'exercice d'une profession libérale. En particulier, le bien licité se trouvera amputé par une telle licitation toutes les fois que l'adjudicataire ne sera pas exploitant. Cet adjudicataire « n'acquerra que la coquille, et non le contenu vivant d'une telle exploitation inséparable de son auteur », selon l'expression de SAVATIER (note J. C. P. 1947. II. n° 3876). A la dissolution de la communauté, un supplément de valeur résulte très certainement, pour le bien considéré, de la continuation de l'activité de l'époux qui l'exploite. L'on peut alors se demander s'il n'y a pas abus du droit de demander le tirage au sort par un copartageant dans le but essentiel de nuire à l'époux pharmacien analyste, puisque le bénéfice qu'il pourrait retirer d'une licitation risquerait d'être inférieur à l'indemnité (fixée par expertise) mise à la charge de l'attributaire, cet époux étant susceptible d'en donner le prix le plus équitable.

(3) (4) : voir renvois page suivante.

Il n'est cependant pas possible de se prononcer définitivement sur l'avenir de cette jurisprudence.

b) La clause commerciale :

La pratique imagina donc un remède : l'insertion dans le contrat de mariage d'une clause dite « clause commerciale », encore appelée clause du fonds de commerce, ou clause de conservation d'établissement industriel et commercial (1). Elle permet au conjoint survivant de prélever un ou des fonds de commerce communs, moyennant le versement d'une récompense à la communauté, lors de sa dissolution,

(3) Grenoble, 13 févr. 1961 : « Attendu que la licitation, mesure tendant à transformer l'actif impartageable en deniers représentant sa valeur, n'est obligatoire, selon les dispositions de l'article 827 du Code civil que pour les immeubles; attendu qu'il n'est fait état d'aucun créancier saisissant ou opposant et qu'il n'y a pas majorité des copartageants pour déclarer la vente nécessaire pour l'acquit de dettes et charges par ailleurs non invoquées; attendu que la licitation, offrant elle-même, en raison de la médiocre importance du fonds, certains inconvénients comme aussi celui de pouvoir invoquer indirectement l'éviction de l'époux seul titulaire du diplôme permettant l'exercice de la profession, les premiers juges ont à bon droit estimé qu'une expertise et un nantissement apporteraient à l'autre époux une garantie tout aussi sérieuse pour ses intérêts... Attendu qu'il est encore plaidé qu'une attribution avant partage supprime tout partage seule mesure légale de sortir de l'indivision; mais attendu que le partage consiste pour le copartageant à recevoir ce qui lui est dû selon l'importance de ses droits; attendu que dans le cas où il y a impossibilité de former deux lots pour deux copartageants, l'attribution du fonds de commerce à celui qui est seul habilité au moment du partage à l'exploiter ne supprime pas le partage puisque l'autre copartageant recevra sa quote-part en argent comme s'il y avait eu licitation; qu'enfin une expertise sous contrôle de justice est suffisante pour fixer la valeur vénale du fonds de commerce; attendu qu'il échet de préciser que la consistance du patrimoine doit être déterminée à la date de la dissolution de la communauté conjugale et son estimation à la date de l'expertise, c'est-à-dire au jour le plus près du partage; qu'il échet, sous ces précisions, de confirmer le jugement entrepris... ».

(4) Trib. gr. inst. Senlis 19 févr. 1963 : « Attendu, en droit, que la licitation n'est obligatoire que pour les immeubles et qu'en l'espèce elle aboutirait à l'éviction de celui des époux qui, gérant du débit de tabac annexé audit fonds de café-épicerie, exploite personnellement ce fonds depuis son acquisition en avril 1958 et qui l'a exploité pratiquement seul puisque les époux H.-D. sont en fait séparés depuis octobre 1958; attendu qu'il serait injuste dans ces conditions de porter atteinte, par une licitation, à l'activité commerciale du sieur H. alors que, pour fixer la valeur vénale du fonds et éviter que l'un ou l'autre des époux ne soit lésé, il est possible de recourir à une expertise donnant toutes garanties.... ».

(1) BEHIN : « De l'attribution du fonds de commerce en cas de dissolution de la communauté » Thèse Lille 1925.

CAPITANT, De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux, Rev. crit. 1927, p. 21.

VIALLETON, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, p. 883.

BURE, « De la clause d'attribution du fonds de commerce dans le contrat de mariage » Thèse Lyon 1934.

AMIAUD, Traité - formulaire général du Notariat, 7^e éd. par Javon, t. I, p. 792, formule 12 pour fonds de commerce; p. 793, formule 13 pour droit au bail.

JAVON, Traité - formulaire du contrat de mariage, Paris, 1947, p. 402 pour les fonds de commerce.

JULLIOT de la MORANDIERE, de la clause de conservation par le survivant des époux d'un fonds de commerce propre à son conjoint, D. 1947. chr. 1.

et évite ainsi les risques d'une licitation. La femme peut se réserver le droit de réclamer son préciput même en renonçant (1). Il est également loisible aux époux de convenir que le conjoint survivant conservera le fonds commun sans avoir à verser aucune indemnité à l'autre conjoint ou à ses héritiers. Enfin, la clause est aussi valable lorsqu'elle est unilatérale, faite au profit d'un seul des époux.

En revanche, si cette clause portait sur un fonds propre, il conviendrait d'opérer une distinction :

- si l'attribution a lieu à titre gratuit, elle s'analyse en une institution contractuelle, et cette libéralité est licite dans la limite de la quotité disponible,

- mais si l'attribution a lieu à titre onéreux, la jurisprudence annule cette clause comme constituant un pacte sur succession future (2). CAPITANT l'a analysée comme une promesse de vente produisant ses effets après le décès de son auteur donc nulle. Mais les praticiens ont obtenu satisfaction auprès de la Commission de réforme du Code civil qui a consacré la validité de la clause commerciale portant sur un fonds de commerce propre à l'un des époux. En attendant que cette solution acquière une valeur légale, un moyen de pallier ces difficultés consisterait, dans le cas de deux époux qui ont choisi le régime de communauté réduite aux acquêts, à estimer le fonds de commerce dans le contrat, en stipulant que cette estimation vaut vente à la communauté (3).

L'application de cette clause ne présente pas de difficulté lorsque le conjoint survivant est pharmacien, mais que décider lorsque c'est l'époux non diplômé qui survit ? La clause commerciale permet au conjoint survivant de prélever à bon compte un fonds qu'il pourra revendre en réalisant peut-être un bénéfice considérable. RIOU (4) rappelle l'exemple d'une pharmacie « revendue plus de dix fois la mise » (5). Le bénéfice appartient à l'attributaire et les héritiers frustrés ne peuvent prétendre à quoi que ce soit dans la plus-value encaissée ». Contrairement au tribunal de la Seine (6), la Cour de Paris (7) a cependant autorisé la veuve à revendre l'officine, le prix de vente lui

(1) La convention est estimée valable car le fonds de commerce devient la propriété de la femme renonçante à l'instant même de la dissolution de la communauté, sans être à aucun moment tombé dans le patrimoine du prédécédé; il ne s'agit donc pas d'un pacte sur succession future.

(2) Civ. 11 janv. 1933, D. 1933. 1. 10, note CAPITANT; S. 1933. 1. 61, note GENY - Paris 22 juil. 1950, J. C. P. 1951. II. 6520, note VOIRIN; Gaz. Pal. 1950. 2. 215; D. 1950. 722, note LALOU.

(3) Telle est la solution que proposait CAPITANT dès 1927 : Revue critique de la législation et de Jurisprudence 1927 n° 47.

(4) RIOU : Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux, p. 152.

(5) Paris 11 déc. 1924, D. 1925. 2. 39.

(6) Trib. Seine 20 mars 1922, Gazette des Tribunaux 1922. 2. 429; S. 1924. 1. 313, note E. H. PERREAU.

(7) Paris 11 déc. 1924, D. H. 1925. 31; S. 1929. 2. 73, note E. H. PERREAU.

revenant. Certes, le Code de la Santé publique annule « toute stipulation destinée à établir que la propriété ou la copropriété d'une officine appartient à une personne non diplômée » (1), mais il s'agit ici d'une acquisition à cause de mort et le même Code admet bien que le conjoint survivant puisse devenir propriétaire d'une officine puisqu'il prévoit en ce cas une gérance pendant le temps qui lui sera nécessaire pour céder son fonds à un diplômé. Il semble donc bien établi que le conjoint survivant non diplômé puisse faire jouer à son profit la clause commerciale.

Nous pensons qu'il faut recommander sans aucune hésitation l'usage de la clause commerciale à titre onéreux, celle-ci permettant au conjoint survivant la conservation d'un instrument de travail qui peut être pour lui indispensable ; de plus, la succession du prédécédé ne sera pas lésée puisqu'une soulte sera versée à ses héritiers. Il est utile de régler de façon très précise dans le contrat de mariage la mise en jeu de l'option (2) ainsi que le mode d'évaluation de la valeur du bien (3) et de stipuler au profit du conjoint survivant des délais pour lui permettre de s'acquitter de sa dette, moyennant le versement d'un intérêt raisonnable (4).

Ajoutons encore qu'il est préférable de stipuler que cette clause ne sera valable qu'au cas de dissolution du mariage par décès, étant donné les difficultés qu'elle procure aux époux si la communauté vient à être dissoute par l'effet d'un divorce, d'une séparation de corps ou même d'une séparation de biens (5).

Il est d'un usage assez courant de faire insérer comme disposition accessoire de la clause commerciale une clause de promesse de bail. En effet, l'immeuble dans lequel se trouve l'officine peut avoir appartenu à l'un des époux avant le mariage ou avoir été acquis par les

(1) Art. 576 C. S. P.

(2) La clause fixe généralement un délai de trois mois pour accepter ou refuser l'attribution du fonds et prévoit, en cas de silence de l'intéressé, si ce dernier est réputé avoir accepté ou refusé. L'acceptation expresse ou tacite a un effet rétroactif au jour de la dissolution de la communauté.

(3) Les procédés d'évaluation, fort divers, font appel le plus souvent à la désignation d'un expert par les parties, ou à défaut d'entente par le Président du Tribunal de grande instance.

(4) Quand le fonds de commerce est le seul bien se trouvant dans l'actif à partager, ce qui est le cas le plus fréquent, les époux qui craignent de ne jamais avoir les disponibilités monétaires nécessaires au paiement de la soulte due aux copartageants ont la possibilité de souscrire une assurance-vie au profit du survivant. Cette assurance, contractée par un époux au profit de son conjoint, reste propre, bien que les primes aient été payées par la communauté ; celle-ci à la dissolution, n'aura droit à aucune récompense de ce chef (à moins que le montant des primes versées ne soit manifestement exagéré, eu égard à la fortune des époux. Enfin, le capital ne fera pas partie de la succession de l'assuré et ne sera donc pas soumis aux droits de mutation.

(5) Dans le cas d'un divorce, par exemple, l'époux au profit duquel le divorce a
(suite page suivante)

conjoint au cours du mariage et, par le jeu des règles du régime matrimonial, ne pas suivre le sort du fonds au moment du partage. La jurisprudence, longtemps contradictoire, a décidé le 25 novembre 1957 (1), que le propriétaire de l'immeuble n'est pas tenu, en ce cas, de souscrire un bail, position qu'elle vient de confirmer par un arrêt du 11 avril 1959 (2). Et la doctrine admet, d'une façon très générale, que la conclusion d'un bail entre époux pendant le mariage, est une impossibilité (3). Cette clause de promesse de bail permet à l'époux survivant qui prélève le fonds de commerce commun d'obtenir des héritiers du prédécédé un bail des locaux nécessaires à l'exploitation dudit fonds. Cette clause est certainement valable si elle s'applique à un immeuble commun au profit d'un fonds de commerce commun (4), de même lorsqu'elle est stipulée au profit d'un fonds de commerce propre à l'époux survivant. Elle n'est plus valable, en revanche, si elle profite à un fonds propre au prédécédé, ceci constituant un pacte sur succession future ; de même la nullité est généralement admise si la promesse porte sur un immeuble propre au prédécédé (5).

c) L'attribution préférentielle par voie judiciaire
(article 832 du Code Civil)

Un pas important vient d'être franchi dans le droit des indivisions post-communautaires par le vote de la loi du 19 décembre 1961 (6) qui modifie l'article 832 du Code civil et, dérogeant à la règle tradition-

été prononcé n'est pas déchu des droits et avantages que lui confère son régime matrimonial, mais il ne peut pas exiger immédiatement la délivrance du préciput, car on ne sait pas s'il survivra à son conjoint. Donc, provisoirement, le partage devra avoir lieu par parts égales ; mais si son ex-époux vient à décéder, le survivant recevra alors son préciput en sus de sa part, les attributions devant être refaites en conséquence. Et lorsque c'est la femme qui peut être amenée à exercer son droit de préciput malgré sa renonciation à la communauté, étant donné que, par l'effet de cette renonciation, tous les biens de l'ancienne communauté se trouvent entre les mains du mari, ce dernier devra donner caution à sa femme. On voit à quelles complications s'exposent ainsi les époux.

(1) Civ. I. 25 nov. 1957, J. C. P. II 10509, note ANCEL.

(2) Civ. I. 11 avr. 1959, Bull. civ. I. n. 185.

(3) M^e BOUVIER : « Le fonds de commerce dans ses rapports avec le droit familial » Rapport présenté au Congrès de Strasbourg 1962.

(4) Trib. civ. Dinan 25 janv. 1944, D. C. 1944. 169.

(5) Amiens 27 juin 1928, D. H. 1928. 548 - Trib. civ. Lyon 27 nov. 1946, J. C. P. 1947. II. 3998.

(6) Loi n. 61-1378, J. O., 20 décembre 1961, p. 11651.

nelle de l'égalité en nature, permet l'attribution préférentielle d'une entreprise commerciale, par voie judiciaire (1).

Les nouvelles dispositions concernent les indivisions successorales et post-communautaires après décès et on s'accorde à penser qu'elles visent aussi le cas de dissolution de la communauté à la suite de divorce, séparation de corps ou séparation de biens (2); en revanche, elles ne concernent pas d'autres types d'indivisions, par exemple une indivision contractuelle : ainsi il semble bien que l'attribution par voie judiciaire ne soit pas réalisable lorsque l'entreprise a été créée ou acquise par deux conjoints séparés de biens.

L'attribution préférentielle est applicable, selon le nouvel article 832, à « toute entreprise commerciale.... non exploitée sous forme sociale, dont l'importance n'exclut pas un caractère familial ». Notons que le législateur n'a pas employé le terme de fonds de commerce, mais le terme d'entreprise, infiniment plus large, qui groupe tous les éléments nécessaires à l'exploitation; ainsi, nous avons vu que le fonds et l'immeuble dans lequel il se trouve pouvaient suivre, au moment du partage, des voies différentes; or, lors de la délibération de la Commission de réforme du Code civil, l'opinion fut émise que l'attributaire peut obtenir non seulement le fonds mais l'immeuble lui-même, ce dernier « servant à l'exploitation du commerce ». (3).

(1) Parmi les commentaires auxquels a donné lieu cette loi, citons : P. ESMEIN « La sauvegarde de l'entreprise familiale en cas de décès de l'exploitant » *Gaz. Pal.* 24 janv. 1962 - PATARIN « La loi du 19 décembre 1961, tendant à éviter le morcellement des biens dans les partages de succession et de communauté » *Rép. gén. Not.* 1962, p. 1 et ss. - A. WEILL et R. MAUS « L'attribution préférentielle, par voie judiciaire, d'une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale à caractère familial » *D. C.* XIII 1962 - CHEVALIER, *J. C. P.* 1962. I. 1687.

(2) La loi parle nommément du « conjoint survivant »; mais la même controverse, née en matière d'attribution d'une exploitation agricole, avait été tranchée par un arrêt de principe de la Cour de Cassation dans le sens d'une extension à toutes les causes de dissolution de la communauté (*Civ. 1^{ère} sect. civ.* 2 nov. 1954, *D.* 1954, 749, note R. SAVATIER; *J. C. P.* 1954. II. 8440, note ANCEL); en outre, l'article 1476 du Code civil indique que le partage de la communauté est soumis aux règles établies pour les partages entre cohéritiers; enfin les dispositions transitoires de la loi du 19 déc. 1961 font allusion aux communautés dissoutes par divorce, séparation de corps ou séparation de biens; d'ailleurs, l'attribution préférentielle se révèle particulièrement utile pour la femme qui demande la séparation de biens par voie judiciaire celle-ci pouvant lui permettre de conserver l'exploitation familiale dans son intérêt et dans celui de ses enfants.

(3) Travaux de la Commission de réforme du Code civil, 1954-1955 p. 266 et ss..

Les conditions relatives à la personne du bénéficiaire sont au nombre de trois :

- être le conjoint (1) ou un héritier ;
- être copropriétaire du fonds de commerce en indivision (il en résulte qu'un conjoint qui n'a qu'un droit d'usufruit ne remplit pas les conditions requises) ;
- participer ou avoir participé effectivement à sa mise en valeur, sans qu'aucune condition de temps n'ait été fixée (la loi permet donc non seulement au titulaire d'une officine de la conserver, mais peut également permettre au conjoint diplômé non titulaire qui assistait son épouse de conserver l'établissement pharmaceutique).

La demande peut être faite par l'époux survivant séparément ou conjointement avec un ou plusieurs héritiers. Le juge a un pouvoir discrétionnaire. « En cas de pluralité de demandes..., le tribunal tient compte de l'aptitude des différents postulants à gérer cette exploitation ou cette entreprise et à s'y maintenir ». L'attribution est consentie à charge d'en compenser la valeur (2) par le paiement comptant d'une soulte (3).

La loi du 19 décembre 1961 réalise donc un progrès immense dans la législation des partages de communautés et pourra permettre, en particulier, à la suite d'un divorce, d'éviter la licitation qui était malheureusement jusqu'ici une solution assez fréquente ; tandis que, nous l'avons vu, l'application de la clause commerciale est à déconseiller dans le cas de rupture du lien conjugal du vivant des époux.

(1) Si le bénéfice de la loi peut incontestablement profiter à l'époux au profit duquel le divorce est prononcé, la doctrine est divisée en ce qui concerne l'époux coupable. L'époux coupable s'est vu refuser l'attribution préférentielle dans le cas d'une exploitation agricole (Angers 26 nov. 1952, J. C. P. 1953, II, 7402), mais certains font valoir que la déchéance des avantages matrimoniaux qui résulte des articles 199 et 310 du Code civil ne s'étend pas aux avantages légaux, que dans un cas de divorce aux torts réciproques toute possibilité d'attribution préférentielle serait exclue alors qu'elle pourrait être utile pour l'avenir des enfants et que d'ailleurs le juge garde un pouvoir discrétionnaire.

(2) Aux termes de l'article 832 nouveau du Code civil, « les biens faisant l'objet de l'attribution sont estimés à leur valeur au jour du partage ». Mais la valeur d'estimation ne sera pas susceptible d'indexation et pourtant le partage pourra avoir lieu longtemps après la décision de justice qui n'opère pas un transfert du droit de propriété mais permet seulement à l'attributaire de prélever le bien lors du partage.

(3) Au point de vue fiscal, la soulte sera considérée, ainsi qu'il l'a été indiqué au cours des travaux préparatoires, comme un prix de vente sur le montant de laquelle le droit proportionnel de mutation sera perçu (Ass. Nat. 22 juin 1961, 1^{ère} séance, J. O. 23 juin p. 1240). Au contraire, en droit civil, l'attribution n'équivaut pas à une cession de l'entreprise et n'entraîne pas une cession du droit au bail.

Cependant le prélèvement d'un fonds, lors des opérations de partage, au titre d'une clause commerciale, est une opération infiniment plus souple que ne l'est l'attribution judiciaire, puisqu'il s'agit dans le premier cas d'une convention de mariage : il nous suffit de citer la possibilité offerte à l'époux survivant de prélever l'officine dans des conditions moins rigoureuses en ce qui concerne le paiement de la soulte, voire même sans indemnité, et encore l'attribution à la femme qui renonce à la communauté (et qui, perdant ainsi sa qualité de copropriétaire, ne saurait prétendre au bénéfice de l'article 832).

Surtout, si nous considérons le cas le plus fréquent de rupture du lien conjugal par suite du décès de l'un des époux, la mise en jeu de l'attribution préférentielle prévue par l'article 832 présente, par rapport à l'application de la clause commerciale, l'inconvénient d'obliger les parties en désaccord à recourir à la voie judiciaire, ce qui peut entraîner une incertitude assez durable sur le sort de l'officine. Or, le survivant diplômé et les héritiers non pharmaciens ne disposent que du délai d'une année pendant lequel il est possible de maintenir une officine ouverte sous la direction d'un gérant ; jusqu'ici l'Administration tolérât que cette situation se prolonge, au moins en présence d'enfants mineurs, mais qu'en sera-t-il si l'on admet que la licence devient caduque à la fin de l'année qui suit le décès du titulaire ? (1). Pendant cette année, le conjoint survivant diplômé s'efforcera d'obtenir le jugement prononçant l'attribution du fonds à son profit, puis le règlement des opérations de partage. Or, ces démarches sont, en fait, souvent fort longues ; y parviendra-t-il ?

d) L'attribution préférentielle par voie de libéralité

(article 866 du Code civil) :

Ces difficultés que va rencontrer le conjoint survivant à obtenir l'attribution préférentielle du fonds commun par voie judiciaire indiquent l'intérêt que présente un mode de dévolution dont la mise en jeu est automatique. Or la clause commerciale doit avoir été insérée dans le contrat de mariage qui reste encore la charte immuable du droit des biens des époux. Peut-on, dans le cas où la précaution d'insérer une telle clause n'a pas été prise par les époux communs au moment de leur union, remédier aux hasards des partages communautaires et successoral ? Peut-on, dans le cas d'un régime séparatiste où ni la clause commerciale ni le plus souvent l'attribution préférentielle par voie judiciaire ne peuvent être invoquées pour permettre de décerner dans sa totalité une officine créée par les conjoints à l'un d'entre eux, remédier aux hasards du partage successoral ?

(1) C. E. n° 54.238, 1^{ère} et 2^e sous-sections, séance du 5 mai 1962, lecture du 18 mai 1962.

Le nouvel article 866 du Code civil, qui résulte de la même loi du 19 décembre 1961 qui vient, on l'a vu, de modifier l'article 832 (1), répond à ces préoccupations en permettant au successible bénéficiaire d'une libéralité faite sans obligation de rapport en nature de retenir en totalité l'objet de cette libéralité, sauf à récompenser ses cohéritiers en espèces ou autrement.

Le conjoint survivant doit, pour pouvoir invoquer les dispositions de l'article 866 du Code civil, répondre à la double condition d'être un successible (en propriété ou en usufruit seulement, mais n'ayant pas renoncé à la succession) et d'être bénéficiaire d'une libéralité faite sans obligation de rapport en nature, c'est-à-dire d'une libéralité en avancement d'hoirie rapportable en moins prenant ou d'une libéralité préciputaire.

Le mode de calcul de l'indemnité versée aux cohéritiers n'est pas précisé par la loi, mais pourra être opéré selon les principes dégagés par la Cour de Cassation à propos de l'attribution préférentielle des exploitations agricoles (2) : on recherche dans une première étape, au moyen d'une évaluation réalisée en tenant compte de la valeur des biens au jour de l'ouverture de la succession, si la libéralité excède la quotité disponible et dans quelle proportion ; dans une seconde étape on estime la valeur de la soulte mise à la charge du bénéficiaire de l'attribution en se plaçant, cette fois, au jour du partage. La première évaluation « fixe les conditions de l'existence juridique du droit », tandis que la seconde « concerne les modalités économiques de son exercice » (3).

Il n'est pas nécessaire que l'entreprise-objet de la libéralité ait « un caractère familial » ; mais, bien qu'aucune précision ne figure dans la loi, il est peu probable que ces dispositions puissent s'appliquer à des parts sociales pour lesquelles généralement le partage est prévu par les statuts et s'avère beaucoup plus facile à réaliser.

Le champ d'application de l'article 866 est très étendu quant aux personnes qui peuvent en être bénéficiaires puisqu'il n'est pas exigé que le donataire ou le légataire ait participé à l'exploitation du fonds ou y participe au moment de l'ouverture de la succession : le titulaire d'un fonds d'officine peut ainsi en faire bénéficier son conjoint même dans le cas où celui-ci ne l'assisterait pas dans son entreprise pharmaceutique.

(1) Loi n° 61-1378.

(2) Civ. 12 fév. 1945, D. 1945, 129, note P. L-P ; 23 avr. 1945, D. 1945, 158, note P. L-P ; 13 déc. 1950, D. 1951, 169 ; 19 déc. 1951, J. C. P. 1952, II, 6699.

(3) CATALA, La jurisprudence gardienne de l'égalité successorale, D. 1962, chron. XVII.

Mais est-il nécessaire, pour qu'il puisse invoquer l'application de l'article 866, que le conjoint survivant bénéficiaire d'une telle libéralité possède les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie donc pour effectuer légalement une telle exploitation? Une telle attribution ne répond pas à l'objectif de la loi du 19 décembre 1961 et l'on sait, de plus, que l'article 576 du Code de la Santé publique considère comme « nulle et de nul effet toute stipulation destinée à établir que la propriété ou la copropriété d'une officine appartient à une personne non diplômée ». Mais il est admis d'une façon générale que l'article 576 ne s'applique pas aux modes d'acquisition à cause de mort : ainsi avons-nous vu que la Cour de Paris (1) avait estimé valable la clause commerciale au profit de la veuve non diplômée, l'autorisant à revendre l'officine et à en conserver le prix de vente. De plus, le texte de loi envisage bien l'hypothèse où le bénéficiaire de la libéralité n'exploite pas lui-même le fonds puisqu'il prend soin de préciser qu'en cas de vente de la totalité de ce bien, les sommes restant dues deviennent immédiatement exigibles et que, en cas de ventes partielles, le produit de ces ventes devra être versé aux cohéritiers et venir en déduction des sommes restant dues. Il n'est donc pas nécessaire que le conjoint bénéficiaire de la libéralité soit en mesure de réaliser l'exploitation du fonds pharmaceutique qui en est l'objet.

3. Le cas particulier d'une officine exploitée sous forme sociale :

a) La dévolution des parts sociales :

La dévolution des parts sociales se trouve assujettie à un régime particulier.

En effet, prenons le cas où un époux possède une part d'intérêt dans une société en nom collectif : la société en nom collectif est une société de « personnes », c'est-à-dire où il ne peut y avoir de changement quant à la personne d'un associé sans le consentement des autres associés ; dès lors, l'autre époux non propriétaire de la part sociale ne pourra en aucun cas se voir attribuer cette part qui lui donnerait ipso facto la qualité d'associé sans le consentement des autres membres : il est donc admis (2) qu'il est impossible de faire figurer une part

(1) Paris 11 déc. 1924, D. H. 1925. 31 ; S. 1929.2.73, note E. H. PERREAU.

(2) LALOU, Chronique, D. H. 1928, p. 45 ; REDAUD, Les parts sociales sous le régime de communauté, thèse, Paris 1929, GHESQUIERES, De la reprise des droits sociaux par l'époux survivant, thèse Lille 1932 ; NAST, Des parts d'intérêts dans les sociétés sous le régime de la communauté d'acquêts, Rép. gén. Not. 1933, p. 585.

d'intérêt dans la masse à partager puisque le partage pourrait la faire attribuer à l'époux qui n'était pas associé : on ne comprendra dans l'actif à partager que la valeur de la part ; c'est-à-dire qu'il y a dissociation entre le titre d'associé qui reste propre et la valeur de la part d'associé qui tombe seule en communauté. « Nous sommes en présence d'une véritable attribution préférentielle contre indemnité à la communauté » (1).

Une convention matrimoniale qui ferait tomber une part sociale dans la communauté serait sans effet à l'égard de la société ; en particulier, si la part est la propriété de l'épouse, le mari ne devient pas associé à la place de sa femme (2). Le titre d'associé reste personnel à l'époux sociétaire, alors même que la communauté aurait fourni les fonds représentant l'apport en société de cet époux ; en revanche, tous les avantages pécuniaires attachés à la part sociale seront partagés entre l'associé et son conjoint. CAPITANT (3) explique : « la situation est la même que dans le cas où le mari possède un office ministériel : la valeur de cet office entre en communauté, mais c'est le mari qui reste officier ministériel ». L'époux non associé ne peut demander la liquidation du fonds social (4).

La situation est sensiblement identique dans le cas où il s'agit d'une part dans une société à responsabilité limitée (5), la loi du 7 mars 1925 ayant prévu, comme dans le cas précédent, des restrictions à l'introduction de membres associés nouveaux ; « les parts d'une société à responsabilité limitée appartenant à un époux sous le régime de communauté légale n'entrent dans la communauté que pour leur valeur, de telle sorte que le conjoint de l'associé ne devient pas lui-même, de ce fait, associé et ne saurait se voir imposer, lors de la dissolution du mariage, le partage en nature desdites parts » (6).

Dans tous les cas, une cession de parts à l'époux non associé ne peut avoir lieu que dans les formes prévues pour la cession à un tiers ; et d'autre part, alors même que les associés consentent à la cession, cet époux ne peut être obligé contre son consentement d'accepter ces parts qui feraient de lui l'associé de personnes avec lesquelles il pourrait ne pas souhaiter avoir de rapports pécuniaires (7).

(1) RIPERT et BOULANGER, Traité élémentaire de droit civil de Marcel PLANIOL, t. III, n° 293.

(2) Pourtant, en droit commun, les tribunaux lui reconnaissent le pouvoir de participer à l'administration des affaires sociales, et notamment le droit de vote (Civ. com. 19 mars 1957, J. C. P. 1958, II. 10517, note D. BASTIAN); il n'en serait pas de même en pharmacie puisque l'épouse associée diplômée doit exercer personnellement sa profession.

(3) CAPITANT, note D. 1927. 2. 161.

(4) Paris 18 janv. 1927, D. 1928. 2. 145.

(5) Civ. Com. 19 mars 1957, J. C. P. 1958. II. 10517, note D. BASTIAN; D. 1958, 170, note LE GALCHER-BARON; J. Soc. 1958, 193; Rev. Soc. 1958, 24. - Alger 16 avril 1958, D. 1959, som. p. 53. - Bordeaux 11 juin 1958, Rev. Soc. 1958. 294, note AUTE-SERRE; D. 1959. 10, note LE GALCHER-BARON.

(6) Civ. Com. 23 déc. 1957, J. C. P. 1958. II. 10516, note J. R.; D. 1958, 267; Rev. Soc. 1958, 137; J. Soc. 1958, 193.

(7) Grenoble 15 juin 1955, J. C. P. 1956. II. 9143, note J. R.

b) Les clauses des statuts sociaux permettant la transmission préférentielle des parts au conjoint survivant :

L'emploi des facilités qu'offrent certaines rédactions de statuts sociaux pour la transmission préférentielle des parts au conjoint - ou à un héritier différent - a suscité depuis longtemps l'intérêt des praticiens.

En constituant une société pour l'exploitation d'une officine, des pharmaciens peuvent, en effet, stipuler dans le pacte social que l'associé ou les associés survivants n'accepteront de poursuivre l'exécution de leurs engagements sociaux qu'avec tel successible nommément désigné, et en particulier le conjoint du prédécédé.

Mais, à l'encontre de cette pratique, un certain nombre d'arguments étaient invoqués : une telle convention bouleversait la dévolution successorale telle que la loi la réglementait (alors que l'article 1150 du Code civil prohibait tout pacte sur succession future, modifiant directement ou indirectement l'ordre légal des successions) et assurait contractuellement le bénéficiaire de l'intérêt qu'il pouvait avoir à la mort du disposant, enfin il créait une situation irrévocable contraire au principe de liberté des dispositions à cause de mort.

La loi prévoyait seulement, devaient invoquer les héritiers évincés, la possibilité de continuer la société soit entre les seuls associés, soit entre ces derniers et tous les héritiers, mais l'institution d'une inégalité entre les héritiers était constitutive précisément d'un pacte sur succession future. Tel était encore l'avis de la Cour de Cassation le 18 octobre 1955 (1) dans l'affaire GATELLIER-VIGNON. Cette sévérité de la Cour suprême avait pour résultat d'éliminer ceux même d'entre les cohéritiers qui auraient pu prendre place dans la société.

Une parade devait être trouvée par la pratique, qui consistait à introduire le bénéficiaire dans la société du vivant de son auteur : dès lors, l'héritier pouvait utiliser le droit de préemption prévu par les statuts en sa qualité d'associé. Mais ceci n'est possible, dans le cas où il s'agit de la dévolution d'une officine sous forme sociale en faveur du conjoint que si la société se trouve bien sous la forme d'une société à responsabilité limitée, la forme en nom collectif étant exclue entre époux.

La question se pose actuellement de façon sensiblement différente, en raison d'un revirement relativement récent de la jurisprudence de la Cour suprême.

(1) Civ. 18 oct. 1955, J. C. P. 1956, II. 9057, note ALIBERT; D. 1956. 281, note ESMFIN; Gaz. Pal. 1955. 2. 353; Soc. 1956, 16, note CORDONNIER; Rev. Soc. 1955, 337, note AUTESSERRE.

Dans l'affaire GATELLIER-VIGNON qui avait fait l'objet de la décision du 18 octobre 1955, les magistrats de la Cour de renvoi, en l'occurrence la Cour de Rouen (1) devaient refuser de suivre la thèse énoncée par les juges de cassation. Les statuts de la société à responsabilité limitée prévoyaient, en effet, qu'au décès d'un associé ses parts pourraient être acquises par le survivant, à la condition que l'associé prédécédé ne laisse ni conjoint ni descendant ; or la mère, héritière, de GATELLIER demandait l'annulation de la clause de rachat qui constituait, prétendait-elle, un pacte pour succession future.

Pour la Cour de Rouen, serait seule condamnable une méconnaissance de la dévolution successorale, tandis qu'une telle stipulation a simplement pour objet un aménagement des droits des copartageants : Mme GATELLIER n'était nullement évincée du partage mais au contraire recevait la contrepartie exacte de la valeur des parts dont elle n'aurait pu, de toute façon, exiger l'attribution en nature sans le consentement des associés. L'arrêt a été commenté par le professeur ESMEIN : la jurisprudence admet l'insertion dans un contrat de mariage d'une clause de reprise d'un établissement commercial par le survivant des époux, à la condition qu'il s'agisse d'un bien dépendant de la communauté (2), pour le motif qu'il s'agit d'une convention entre associés pour le partage de l'actif commun ; faut-il être plus rigoureux lorsqu'il s'agit d'une société qu'on ne l'est pour un règlement de communauté ?

Sur second pourvoi, l'affaire était soumise aux Chambres réunies, sur le problème de l'interprétation de l'article 1868 du Code civil et de ses rapports avec l'article 1130. L'article 1868, selon l'avis d'une partie de la doctrine (3) aurait simplement pour objet de déroger à l'article 1865 qui, en raison de l'intuitus personae, prévoit que les parts d'une société en nom collectif ne peuvent être transmises aux héritiers de l'associé défunt, ce qui entraîne la dissolution de la société : l'article 1868 autorise les associés à déclarer leurs droits transmissibles à cause de mort ; il est donc indépendant de l'article 1130 qui ne doit recevoir aucune exception, en ce domaine comme en tout autre.

L'arrêt des Chambres réunies du 28 avril 1961 (4), se ralliant à l'opinion d'une grande partie des auteurs, devait au contraire considérer que constitue un pacte sur succession future exceptionnellement

(1) Rouen 14 mai 1957, J. C. P. 1957. II. 10102 et 10148 bis ; Gaz. Pal. 1957. I. 435 ; D. 1958. 208, note ESMEIN, Rev. Soc. 1957, 386, note AUTESSERRE. Voir SAVATIER, Rev. trim. dr. civ. 1956. 160 - CHARRON, « A propos de l'arrêt du 18 octobre 1955 », Gaz. Pal. 1956, I. Doctr. p. 8.

(2) Civ. 16 déc. 1925 ; D. P. 1927. I. 5, note CAPITANT ; S. 1926. I. 169, note VIALLETON.

(3) CAPITANT, note D. 1931. 2. 4, position qu'il a modifiée par la suite (note D. 1936. 2. 89) - RIPERT : « La clause de continuation de la société en nom collectif avec les héritiers de l'associé décédé » Rev. gén. dr. com. 1938, 7.

(4) J. C. P. 1961, II. 12. 135, note BASTIAN ; D. 1961, 697, note BESSON.

permis par l'article 1868, la clause stipulant la « continuation de la société entre les seuls survivants qui peuvent alors racheter dans les conditions prévues au contrat les parts sociales du prédécédé ».

Cet arrêt autorise donc l'établissement d'une discrimination entre catégories d'héritiers, et tel serait bien le cas du conjoint survivant. Mais il est encore permis de se demander s'il est licite d'établir une discrimination à l'intérieur d'une catégorie d'héritiers, par exemple entre descendants. La plupart des auteurs (1) penchent pour la validité de telles clauses.

Les statuts sociaux vont donc pouvoir permettre à un pharmacien de transmettre son officine préférentiellement à son conjoint survivant diplômé : pour cela, il aura la possibilité, nous l'avons vu, soit de le faire entrer de son vivant dans la société à responsabilité limitée, ce qui lui ouvrira l'emploi du droit de préemption en sa qualité d'associé, soit encore, et cela sans qu'il soit nécessaire en ce cas de lui conférer par avance la qualité d'associé, de prévoir une clause du pacte social stipulant que les associés survivants ne poursuivront l'exécution du pacte social qu'avec le conjoint du prédécédé.

*
* *

(1) BASTIAN, J. C. P. 1961. II. 12. 135; BESSON D. 1961, 697 - Contra : JOLY, Bulletin des sociétés 1961, 148.

CONCLUSION

LE CHOIX D'UN REGIME MATRIMONIAL

Nous avons envisagé successivement les principaux problèmes que soulèvent la propriété, l'exploitation et la dévolution d'une officine dans le cadre des dispositions organisant les régimes matrimoniaux.

Il est permis de se demander, à l'issue de cette étude, quel est le « meilleur » régime matrimonial pour un pharmacien d'officine, étant entendu que l'expression désigne le régime matrimonial le plus équitable, celui qui sauvegarde au maximum les intérêts de chacun des époux (car il est bien évident qu'il y a opposition d'intérêts entre les époux et qu'un régime qui serait excellent pour l'une des parties le serait aux dépens de l'autre).

En fait, il n'est pas possible d'indiquer une solution valable dans toutes les hypothèses, et le choix sera toujours fonction de cas particuliers. De très nombreuses considérations vont entrer en ligne de compte, qui sont indépendantes de la possession du diplôme de pharmacien, considérations auxquelles nous avons fait allusion dans l'introduction et que l'on ne saurait, en aucun cas, négliger. L'existence présente ou future d'une officine dans le patrimoine des futurs conjoints ne saurait jamais justifier de façon exclusive le choix de leur régime matrimonial, et ce d'autant plus que, nous croyons l'avoir montré, il est possible, par l'emploi de clauses judicieusement élaborées d'adapter dans la plupart des cas, le régime choisi en vue de cet objectif essentiel qu'est le maintien du fonds d'officine entre les mains de son titulaire. Les problèmes pharmaceutiques ne peuvent donc masquer les problèmes essentiels d'ordre général dont la solution commandera peut-être l'harmonie conjugale et la condition du conjoint survivant.

Mais il serait, à l'inverse, parfaitement inconcevable qu'un pharmacien d'officine n'accordât point un soin particulier, au moment de la rédaction de son contrat de mariage, à prévoir la conservation,

à travers les vicissitudes de la vie du couple, de ce bien qui constitue à la fois son instrument de travail et, le plus souvent, la partie financièrement prépondérante de son patrimoine.

*
**

D'une manière générale, les époux ont rarement les connaissances requises pour effectuer eux-mêmes le choix de leur régime matrimonial. En pratique, deux facteurs principaux vont déterminer ce choix : la tradition d'une part, qui incite très souvent à recopier le contrat qui a toujours été en faveur dans la famille, et d'autre part les conseils du notaire.

On enregistre les différences considérables, d'une étude à l'autre, entre les pourcentages de contrats séparatistes et de contrats communautaires. Si l'on se réfère à des chiffres communiqués au 52^e Congrès des Notaires de France à Biarritz en 1953, chiffres portant sur l'ensemble des conjoints procédant à la rédaction d'un contrat de mariage, on relève les indications suivantes : M^e MALAUZAT (1) rédige dans son étude sise à Marseille, cent contrats de séparation de biens pour un contrat de communauté réduite aux acquêts ; M^e PRAT, à Cannes (2), et M^e PERUGIER, à Menton (3) notent également dans leur région une « faveur spéciale pour le régime de la séparation de biens ». A Avignon, en revanche, M^e GEOFFROY (4) souligne un partage égal entre la séparation de biens et la communauté réduite aux acquêts. Il en est de même à Chinon, où M^e JANVIER (4) relève un nombre de séparations de biens tendant toutefois à dépasser le nombre de contrats de communautés d'acquêts. Il en est très différemment à Valenciennes où, selon M^e BLANCKERT (5), le régime « presque toujours adopté » est celui de la communauté réduite aux acquêts : « Les séparations de biens sont très rares et adoptées seulement dans des circonstances particulières : mariage après divorce, disparité d'âges ou de situations » ; de même à Vimy (6) ou à Strasbourg (7), ou encore en Dordogne, où, selon M^e TRIMOILLAS (8), « lorsque des jeunes gens se présentent avec leurs parents devant un notaire pour faire établir un contrat de mariage, la question du régime n'est jamais discutée tant il est d'avance admis qu'il ne peut être que celui de la communauté de biens réduite aux acquêts ».

(1) 52^e Congrès des Notaires de France (Biarritz, 1953), p. 22.

(2) Op. cit. p. 24

(3) Op. cit. p. 23.

(4) Op. cit. p. 20.

(5) Op. cit. p. 13.

(6) M^e CHRETIEN, Op. cit. p. 14.

(7) M^e HAUMESSER, Op. cit. p. 20.

(8) Op. cit. p. 26.

Ces différences tiennent essentiellement à la survivance de *traditions* antérieures à la Révolution : le Nord a conservé la communauté des anciennes coutumes, elles-mêmes héritières du droit germanique (les droits allemands et suisses consacrent également des régimes communautaires), cependant que le Midi maintenait largement les régimes séparatistes issus de la tradition latine : là, le régime dotal, inspiré du régime romain, devait peu à peu s'effacer devant le régime de séparation de biens qui correspondait mieux aux nécessités économiques tout en répondant aux mêmes souhaits, tandis qu'en Normandie, le même régime dotal devait faire place à la communauté d'acquêts parce que la coutume y présentait la particularité d'attribuer à la femme une partie des conquêts réalisés pendant le mariage.

Mais l'influence de ces traditions est très souvent modifiée et corrigée par celle qu'exercent les *conseils des notaires*. Nul mieux qu'eux ne peut savoir adapter les possibilités offertes par les clauses si diverses des contrats de mariage aux cas particuliers qu'ils ont à résoudre, nul ne connaît mieux les aspirations des futurs époux au moment de leur union et les difficultés que peuvent faire surgir la dissolution d'un régime et la dévolution d'une succession. Ces aspirations le plus communément exprimées sont celles de conserver la propriété personnelle des apports de chacun, mais de partager les gains réalisés ensemble et, en toute occurrence, de voir le survivant rester en possession des biens dont les époux jouissaient ensemble. C'est en ce sens que s'exerce fréquemment le rôle de conseiller dévolu au notaire ; ainsi s'exprime M^e DETEIX, notaire à Clermont-Ferrand (1) : « Dans ma région, il existe une tendance très nette en faveur du régime de la séparation de biens, mais à la réflexion beaucoup de futurs époux abandonnent ce régime en se rendant compte de tous les dangers qu'il présente spécialement à l'égard de la femme, pour des gens qui l'oublient dès la signature du contrat et vivent par la suite comme des gens mariés sous le régime de la communauté. Si cette observation n'était pas faite, et très souvent avec succès, les séparations de biens seraient peut-être plus nombreuses que les communautés ».

Mais, si grande que soit l'influence exercée sur les futurs époux par la tradition ou les conseils de leur notaire, il ne faut pas méconnaître les facteurs tenant à leur *condition sociale*. Il est assez significatif que l'on observe un pourcentage croissant de contrats séparatistes dans les quartiers commerçants et milieux d'affaires des grandes villes. Il est bien certain que l'émancipation de la femme, pourvue de plus en plus d'une profession, voire de diplômes, aura pour influence de

(1) Op. cit. p. 19.

l'inciter à tenter seule ses chances financières, d'autant plus qu'elle aura peut-être acquis les connaissances lui permettant de s'occuper personnellement de la gestion de son patrimoine. Le développement du divorce également n'est pas sans incidence, et l'exemple de conjoints ruinés par un partage de biens communs peut inciter à la méfiance pour un régime comportant une communauté. Cette même méfiance peut encore se manifester chez des conjoints dont l'un au moins exerce une profession commerciale, et qui peuvent avoir le désir de soustraire l'un des deux patrimoines à l'action des créanciers de l'époux commerçant, (1) précaution bien illusoire, comme les prétendus avantages fiscaux des régimes séparatistes (2).

(1) Aux termes de l'article 106 du décret du 20 mai 1955, l'époux commerçant, quel que soit son régime matrimonial, est présumé propriétaire de tous les biens du ménage et c'est à son conjoint qu'il appartient de faire tomber cette présomption. Surtout, nombreuses sont les femmes séparées de biens qui sont appelées à garantir de leur signature les engagements contractés par leur mari; leur refus aurait le plus souvent pour effet de priver leur conjoint de tout crédit commercial important.

(2) Un certain nombre de futurs conjoints pensent tirer de l'indépendance des patrimoines des avantages fiscaux, cette indépendance devant permettre le jeu des doubles abattements et créer un obstacle à la progressivité de certains impôts. En fait, la loi fiscale ne tient compte de la séparation des deux patrimoines ni pour l'assiette de l'impôt ni pour la solidarité dans le paiement de ceux-ci. En effet, l'article 6 du Code général des Impôts soumet le chef de famille et non l'individu isolé à l'impôt sur le revenu des personnes physiques et la femme séparée de biens ne jouit d'une imposition distincte qu'à la condition de ne pas vivre avec son mari; et le nombre de parts à prendre en considération est également fonction de la situation du chef de famille. Quant à la solidarité elle est établie par l'article 1685 du Code général des Impôts : chacun des époux, lorsqu'ils vivent sous le même toit, est solidairement responsable des impositions au nom de son conjoint, au titre de la contribution mobilière et de l'impôt sur le revenu des personnes physiques.

Egalement, certains conjoints pensent que l'adoption d'un régime de séparation de biens entraîne, au moment de la signature du contrat, des frais moins élevés que l'adoption d'un régime de communauté parce que dans le premier cas le contrat peut être enregistré au droit fixe, sans que l'on y figure apports ou donations. (En fait, de nombreux époux, en se mariant sous un régime de communauté réduite aux acquêts s'abstenaient de toute déclaration d'apports, pour éviter l'assujettissement au droit proportionnel dont le taux était dernièrement fixé à 0,80 % (D. 27 juin 1957 et L. 28 déc. 1959, D. 1960, 19), s'en remettant aux dispositions légales permettant de faire entre eux la preuve de la propriété de leurs propres par tous « écrits propres à les justifier »; à l'inverse, un certain nombre d'époux, en adoptant le régime de séparation de biens, préféraient effectuer des déclarations de propriété que, par analogie avec l'apport en communauté, le Fisc assujettissait au droit proportionnel (Rep. civ. Dalloz, v° Contrat de mariage, n° 232). Cet argument, de faible valeur lorsqu'il s'agit d'opérer un choix aussi grave que celui d'un régime matrimonial, ne peut plus être invoqué depuis que la loi du 15 mars 1963 (loi n° 63-254) vient d'unifier le régime fiscal des contrats de mariage en les assujettissant tous à un même droit fixe (droit fixe qui est actuellement de 25 F : Circ. C. M. 191 du 20 mars 1963, art. 82, Gaz. Pal. 8-10 mai 1963).

Ces diverses considérations, et bien d'autres encore, ne manqueront pas d'influencer la volonté des futurs conjoints pharmaciens dans la rédaction de leur contrat de mariage, mais il sera toujours nécessaire de vérifier quels seront le régime de la propriété et les pouvoirs d'exploitation sur le ou les fonds d'officine appartenant aux époux ou pouvant leur appartenir ainsi que les règles de la dévolution de ces fonds au moment de la dissolution du régime matrimonial.

En particulier, les droits de propriété et les pouvoirs d'administration sur un fonds de pharmacie doivent être réunis entre les mains du pharmacien titulaire qui doit satisfaire à l'exigence de leur indivisibilité et les règles de la dévolution du fonds doivent assurer sa transmission préférentielle à ce même titulaire.

On pourrait être tenté de résoudre la plus grande partie des problèmes posés par l'adoption d'un régime de séparation de biens qui assure au diplômé son indépendance juridique et financière complète. Toutefois, si celui-ci convient à certains exemples particuliers, dans la très grande majorité des cas les régimes communautaires offrent une solution à la fois plus équitable et plus souple : plus équitable dans la mesure principalement où les époux joignent leur activité, leurs connaissances et parfois leur diplôme pour une exploitation commune, où les deniers permettant l'acquisition ou la création du fonds (voire ses améliorations ou extensions) proviennent le plus souvent des patrimoines de l'un et l'autre époux, qui pourront ensemble participer aux profits et à l'essor financier de l'entreprise commune, plus souple dans la mesure où de très nombreuses clauses offrent aux futurs conjoints un choix très étendu de solutions leur permettant de modifier à peu près à leur gré (à condition de l'avoir prévu dans leur contrat de mariage) le régime de leurs biens.

Nous avons dit quelles clauses peuvent assurer à l'officine, fonds de commerce donc bien mobilier, le régime d'un bien commun ou d'un bien propre et dans ce dernier cas quels problèmes soulevait la permanence de cette qualité à travers les modifications des éléments du fonds, son transfert ou les contrats constitutifs de droit réels dont il peut faire l'objet.

Nous avons vu comment satisfaire au principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance de l'officine par exemple en stipulant que cette dernière sera commune si l'époux auquel la propriété du fonds doit être conférée n'est pas celui qui doit en effectuer l'exploitation.

Surtout, nous avons indiqué comment remédier au risque de licitation d'une officine commune et aux inconvénients tenant aux conditions (de temps notamment) dans lesquelles peut s'obtenir son attribution préférentielle par voie judiciaire : l'insertion d'une clause commerciale assortie éventuellement d'une clause de promesse de

bail et de toutes indications concernant les modalités de paiement de la soulte doit apporter toute sécurité, au moins dans le cas où la dissolution du régime matrimonial provient du décès de l'un des conjoints.

Un régime de communauté aménagé peut ainsi permettre de concilier la plupart des avantages des régimes séparatistes grâce aux pouvoirs accordés aux époux sur leurs officines propres et des régimes communautaires par l'établissement d'une communauté d'intérêts plus compatible avec la finalité du mariage. A cet effet, si les possibilités offertes par les aménagements actuellement réalisables sont déjà fort nombreux, il importe de souligner l'utilité du régime proposé par le sénateur MARCILHACY pour les ménages de pharmaciens : par les pouvoirs très larges et l'indépendance de gestion et de jouissance accordée à chacun des époux tant sur les biens possédés par lui au moment de son mariage que faisant l'objet d'une acquisition ultérieure de son chef, ainsi que par l'institution d'un partage des acquêts au moment de la dissolution du régime matrimonial, la proposition de loi MARCILHACY réunit l'indépendance des patrimoines telle qu'elle résulte des régimes séparatistes, permettant au pharmacien de conserver entre ses mains propriété et exploitation de son officine, et la répartition équitable des acquêts caractéristique des régimes communautaires.

*
**

N. D. L. R.

Le lecteur n'oubliera pas les incidences du décret n° 64-968 du 11 Septembre 1963 modifiant l'article L 580 du code de la santé publique et relatif au remplacement des pharmaciens d'officine et à la gérance, après décès, des officines de pharmacie. (texte postérieur à l'achèvement du présent ouvrage).

DEUXIEME THESE

Propositions données par la Faculté :

ALCALOIDES DES FEUILLES DU

VINCA MAJOR L.

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	
a) Le Contrat de Mariage et son intérêt	5
b) Les principales solutions offertes au choix des époux	7
c) Les avantages et les inconvénients des régimes séparatistes et communautaires	9
d) Les tentatives de conciliation : la société d'acquêts et la participation aux acquêts	14
e) Le projet Michelet	17
f) La proposition de loi Marcilhacy	19
g) L'intérêt du sujet	22
h) Les limites du sujet	23
i) Le Plan	23
 1^{ere} Partie : LA PROPRIETE DU FONDS D'OFFICINE DANS LES DIVERS REGIMES MATRIMONIAUX	
Introduction	25
I. — DE LA PLACE DU FONDS D'OFFICINE DANS LA COMPOSITION DES PATRIMOINES.	
1. La nature juridique du fonds d'officine	26
2. La date d'entrée du fonds d'officine dans le patrimoine de son propriétaire	30
3. La propriété de l'officine sous les régimes séparatistes	31
4. La propriétés de l'officine sous les régimes communautaires	38
a) L'officine bien propre ou bien commun	39
b) L'officine bien commun ou bien réservé.	40
5. Société et indivision entre époux pour l'exploitation d'une officine	
a) Sociétés	43
b) Indivision	46
 II. — DE QUELQUES PROBLEMES POSES PAR LE DROIT DE PROPRIETE SUR UN FONDS D'OFFICINE	
1. Les modifications des éléments du fonds	51
a) Les éléments nouveaux	52
b) Les plus-values	53
c) L'adjonction de branches nouvelles	54
d) L'incorporation de fonds nouveaux	57
2. Le transfert de l'officine	58
3. La levée d'une promesse de vente	60
4. L'exercice d'une faculté de rachat et la levée d'une promesse de revente	61

II^e Partie : L'EXPLOITATION DU FONDS D'OFFICINE

Introduction	71
1. L'exploitation d'une ou de deux officines propres	73
a) L'officine est un bien propre au mari	73
b) L'officine est un bien propre à la femme	73
c) Les deux officines sont l'une un bien propre au mari, l'autre un bien propre à la femme	75
2. L'exploitation d'une ou de deux officines communes	76
a) Le mari possède seul les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie	79
b) La femme possède seule les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie	79
c) Le mari et la femme possèdent tous deux les conditions requises pour l'exercice de la pharmacie	81
3. L'exploitation simultanée d'une officine propre et d'une officine commune	83
4. L'exploitation du fonds d'officine pendant une instance en divorce ou en séparations de corps	83
5. L'exploitation d'un fonds d'officine pendant l'indivision post-communautaire après décès de l'un des époux	85
6. Incidence de la profession du conjoint du pharmacien sur la possibilité pour ce dernier d'exploiter un fonds d'officine	87
7. Incidences du régime matrimonial des époux sur le problème du salaire du conjoint du pharmacien	89

III^e Partie : LA DEVOLUTION DU FONDS D'OFFICINE AU MOMENT DE LA LIQUIDATION DU REGIME MATRIMONIAL

Introduction	95
1. L'attribution au conjoint survivant d'un droit d'usufruit portant sur un fonds d'officine	99
a) Conversion de l'usufruit en une rente viagère indexée	101
b) Constitution d'une société commerciale entre l'usufruitier et le nu-propiétaire	102
2. Le sort des officines à la dissolution du régime matrimonial	
a) Le problème avant la loi du 19 décembre 1961	103
b) La clause commerciale	107
c) L'attribution préférentielle par voie judiciaire (art. 832 C. civ.)	110
d) L'attribution préférentielle par voie de libéralité (art. 866 C. civ.)	111
3. Le cas particulier d'une officine exploitée sous forme sociale :	
a) La dévolution des parts sociales	115
b) Les clauses des statuts sociaux permettant la transmission préférentielle des parts au conjoint survivant	117
CONCLUSION : Le choix d'un régime matrimonial	121

Dépôt légal : 4^e trimestre 1964

Achévé d'imprimer sur les Presses
de l'Imprimerie Maisonneuve S.A.
Sainte-Ruffine par Moulins-lès-Metz
(Moselle)

10 octobre 1964

IMPRIMERIE MAISONNEUVE S. A.
SAINTÉ-RUFFINE PRES METZ (Mos.)